Hartwig Henze

DIE TREUHÄNDERISCHE UND HAFTUNGSRECHTLICHE STELLUNG DES SACHEINLEGERS BEI KAPITALERHÖHUNGEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER BANKEN

1970

DIE TREUHÄNDERISCHE UND HAFTUNGSRECHTLICHE STELLUNG DES SACHEINLEGERS BEI KAPITALERHÖHUNGEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER BANKEN

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Hartwig H e n z e

aus

Zeitz

1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. H. Westermann
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. L. Mülhaupt
Dekan: Prof. Dr. W. Stree
Tag der mündlichen Prüfung: 27. Januar 1970

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

		Seite:
Inhaltsverzeichnis		I
Abkürzungsverzeichnis		V
Literaturverzeichnis		IX
Teil I:	Die Problemstellung; die Bedeutung der Kapitalerhöhung für die Aktionäre; das Emissionsgeschäft im Rahmen der Kapitalerhöhung	1
§ 1:	Die Problemstellung	1
§ 2:	Die Kapitalerhöhung im Allgemeinen	4
I:	Die geschichtliche Entwicklung der Kapitalerhöhung	4
II:	Die Kapitalerhöhungsarten	7
III:	Die wesensmäßigen Unterschiede der Kapitalbeschaffungsformen	9
IV:	Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (sog. nominelle Kapitalerhöhung)	13
§ 3:	Das Emissionsgeschäft im Allgemeinen	16
I:	Der Begriff	16
II:	Der Zweck der Emission	19
III:	Emissionswege und Emissionsarten	22
	a) Emissionswege	22
	b) Emissionsarten	23
IV:	Die Beteiligten des Emissionsgeschäfts	25
V:	Die Rechtsnatur des Konsortiums	29
§ 4:	Die Veränderung des Grundkapitals durch die Kapitalerhöhung	31
I:	Der Begriff des Grundkapitals	31
II:	Die Funktionen des Grundkapitals	33
	a) Die Garantie- (Haftungs-) Funktion und die Vermögensfunktion	34
	b) Die Funktion der Beteiligungsermittlung	38

		Seite:
III:	Die Auswirkung der Kapitalerhöhung auf die Funktionen des Grundkapitals	41
	a) Die Garantie- (Haftungs-) Funktion und die Vermögensfunktion	41
	b) Die Funktion der Beteiligungsermittlung	43
Teil II:	Das Bezugsrecht der Aktionäre; Aufgaben und Stellung der Banken im Rahmen des unmittelbaren und mittelbaren Bezugsrechts	46
§ 5:	Das unmittelbare Bezugsrecht	46
I:	Die geschichtliche Entwicklung des Aktienbezugsrechts	46
II:	Begriff und rechtliches Wesen	48
III:	Die Ausübung des Bezugsrechts	51
IV:	Die Stellung der Banken	52
V:	Die Bedeutung in Bezug auf die Funktion der Beteiligungsermittlung	53
§ 6:	Das mittelbare Bezugsrecht	56
I:	Die Entwicklung des mittelbaren Bezugsrechts	57
II:	Der Inhalt des Hauptversammlungsbeschlusses	58
	a) Der Ausschluß des unmittelbaren Bezugsrechts	58
	b) Das vertragliche Bezugsrecht der Bank; die Verpflichtung zum Bezugsangebot an die Aktionäre	60
III:	Begriff und Rechtsnatur des mittelbaren Bezugsrechts	65
IV:	Die Rechte aus der Vereinbarung	68
V:	Die Stellung der Banken bezüglich der Anteile aus der Kapitalerhöhung	83
Teil III:	Die haftungsrechtliche Stellung des Sacheinlegers im Rahmen der Kapitalerhöhung	98
A:	Die Haftung aus Vertrag	98

		Seite:
§ 7:	Die Einlage bei der Kapitalerhöhung	98
I:	Die Einlageverpflichtung	98
II:	Die Bareinlage	105
III:	Die Sacheinlage	109
	a) Der Gegenstand der Einlage	110
	b) Die Forderung als Einlage	113
	c) Die Fälligkeit der Sacheinlage	114
	d) Der Wert der Sacheinlage	115
IV:	Das Verhältnis von Bar- und Sacheinlage	116
§ 8:	Die Garantiehaftung des Sacheinlegers	120
I:	Das Sacheinlagegeschäft als "datio in solutum" bzw. "Hilfsgeschäft" im Verhältnis zum Bareinlagegeschäft	120
II:	Garantiehaftung und Verbot der Unterpariemission	121
III:	Die Konstruktion einer Kapitaldekkungszusage	125
§ 9:	Die Haftung des Sacheinlegers	129
I:	Unwirksamkeit und Nichtigkeit der Sacheinlagevereinbarung	129
II:	Wandelung und Minderung	135
III:	Die Haftung bei Leistungsstörungen	139
	a) Unmöglichkeit	139
	b) Verzug	143
	c) Positive Forderungsverletzung	144
	d) Culpa in contrahendo	145
IV:	Die haftungsrechtliche Stellung der Banken	148
B:	Die Haftung nach den Vorschriften über die Gründerhaftung	155
§ 10:	Die rechtliche Natur der Kapitalerhöhung	155
I:	Die Kapitalerhöhung als "Neugründung"	155
II:	Die Kapitalerhöhung als Satzungsänderung	166

		Seite:
III:	Ergebnis	168
§ 11:	Rechtsnatur und Anwendungsbereich der Vorschriften über die Gründer- und Gründergenossenhaftung	169
I:	Die Rechtsnatur der Gründer- und Gründergenossenhaftung	169
	a) Die Gründerhaftung	169
	b) Die Haftung der Gründergenossen und Hintermänner	172
II:	Der Anwendungsbereich und Schutzzweck der Vorschriften	175
	a) Der Anwendungsbereich der Vorschriften	175
	b) Der Schutzzweck der Vorschriften	181
§ 12:	Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Gründer- und Gründergenossenhaftung im Rahmen der Kapitalerhöhung	183
I:	Stellung und Aufgaben der Hauptversammlung, der Verwaltungsorgane und des Sacheinlegers	183
II:	Gründungsaufwand, Sondervorteile und Sachübernahme	195
III:	Die Haftung des Sacheinlegers nach den Gründerhaftungsvorschriften (entsprechend der Stufengründung)	199
IV:	Die Gründergenossenhaftung	209
§ 13:	Die Haftung des Sacheinlegers nach § 117 (101) AktG	210
§ 14:	Schlußbetrachtung	213

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AbR	Archiv für bürgerliches Recht
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 5. Juni 1869 (RGBl. S.379)
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz
amtl. Begr.	amtliche Begründung
Anm.	Anmerkung
BA	Bankarchiv
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGBl. I, S.195)
BGBl	Bundesgesetzblatt und Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes (1870)
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
Die AG	Die Aktiengesellschaft
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
DtPrR	Deutsches Privatrecht
Ehrenbergs Hdb.	Ehrenbergs Handbuch für das gesamte Handelsrecht
Einf. zu ...	Einführung zu ...
entspr.	entsprechend
Entw. Begr.	Begründung zum Entwurf von ...

f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Festschr. f.	Festschrift für ....
frz.	französisch
Fn.	Fußnote
GmbH (GmbHG)	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. April 1892 (RGBl. S.477))
Gruchots Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Hdw. der Betrietsw.	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
Hdw. der Rechtsw.	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S.219)
h.M.	herrschende Meinung
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Holdheim
i.E.	im Ergebnis
i.e.	im einzelnen
i.d.F.v.	in der Fassung von
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
Jh.Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundrechts
JUS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs

l.Sp. (r.Sp.)	linke Spalte (rechte Spalte)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Motive BGB	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtl. Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888
Motive 1897	Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, Berlin 1897
Motive 1883	Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen, Berlin 1883
m.w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLGE	Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
RA	Reichsanzeiger
Rdzif.	Randziffer
Reg.-Entw. 1960	Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes mit Begründung; Bundestagsdrucksache 1915/13.6.1960
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Schmollers Jahrb.	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
SchwOR	Schweizer Obligationenrecht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.o.	siehe oben
s.S. () d.A.	siehe Seite () dieser Arbeit
sog.	sogenannt

u.a.	unter anderem
Urt. v.	Urteil vom
vgl.	vergleiche
Warneyer	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von Otto Warneyer
Wtb.	Wörterbuch
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZBlHR	Zentralblatt für Handelsrecht
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 i.d.F. vom 12. September 1950 (RGBl. S.533)

Alle Paragraphen ohne Bezeichnung sind solche des Aktiengesetzes, die in Klammern angegebenen beziehen sich auf das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937.

LITERATURVERZEICHNIS

Adler, Hans Düring, Walther Schmaltz, Kurt	Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Ergänzungsband: Die neue Gewinn- und Verlustrechnung, Stuttgart 1957/1961 - 3. Auflage.
Alsberg, Alfred	Die Entwicklung und rechtliche Natur des Bezugsrechts auf neu auszugebende Aktien, Diss. Leipzig 1908.
Alterthum, Willy	Die Reservefonds der Aktiengesellschaften in AbR 23 (1904), S.96 ff.
Bänder, Fritz	Die Haftung der Emissionshäuser für die Emission von Aktien, Diss. Königsberg 1916.
Balastèr, Peter	Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 1953/Aarau 1953.
Ballerstedt, Kurt	1.) Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949, 2.) Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter in AcP 151, S.501 ff.
Barz, Hans Carl	Know how als Einbringungsgegenstand in Festschrift für W. Schmidt, Berlin 1959, S.157 ff.
Baumbach-Hueck	bearbeitet von Baumbach, Adolf, Hueck, Alfred, Hueck, Götz, Kommentar zum Aktiengesetz 12. Aufl., München und Berlin 1965, 13. Aufl., München 1968.
Baumbach-Lauterbach	bearbeitet von Baumbach, Adolf, Lauterbach, Wolfgang, Albers, Jan, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München und Berlin 1966.

Begründung zum Gesetz	über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger vom 4. Februar 1937, Nr. 28.
Bergmann, Rudolf	Sacheinlagen bei der GmbH, Diss. Köln 1932 / Wuppertal-Barmen 1932.
Bernicken, Hans	Das Bezugsrecht des Aktionärs, Berlin 1928.
Bettermann, Karl Aug.	Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter in JZ 51, 321 ff.
Börnstein, Ulrich	Die Erhöhung des Nennkapitals von Kapitalgesellschaften aus Gesellschaftsmitteln in Der Betrieb 1960, S.216 ff.
Boesebeck, Ernst	Anmerkung zu einer Entscheidung des RG in DR 1939, 434 ff.
Bösselmann, Kurt	Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19. Jahrhundert, Berlin 1939.
Böttcher, Conrad Meilicke, Heinz	Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., Berlin und Frankfurt 1958.
Bondi, Arthur	Die Rechte der Aktionäre, Berlin 1930.
Brand, Arthur	Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.
Brodmann, Erich	Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928.
Brönner, Herbert	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, Stuttgart 1960.
Brunner, Joachim	Die zivilrechtliche Haftung der Gründer für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und der GmbH, Diss. Mainz 1954.

Crissolli, Karl-August	Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung eines Aktionärs. Gibt es bei ihr einen Schadensersatzanspruch, eine Wandlung oder Minderung? in ZHR 93 (1929), 227 ff.
Delorme, Hermann	Konsortial- und Emissionsgeschäft, Frankfurt 1963.
Deutsch, Paul	Grundfragen der Finanzierung, 2. Aufl., Wiesbaden 1966.
Dietrich, Hugo	Zum neuen Aktiengesetz in JW 1937, 654.
Dietz, Rolf	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn 1934.
Domm, Richard	Welchen Grundsätzen unterstehen die in Gesellschaftsverträgen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung vereinbarten Sacheinlagen? Diss. Giessen, 1911.
Dreiss, Wolfgang	Die Gründerhaftung für Überbewertung von Sacheinlagen bei der GmbH, Diss. Tübingen 1931.
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1: Allg. Einleitung zum II. Buch, bearb. von Geiler, Karl. Bd. III, 1: Allg. Einleitung zum Aktienrecht, bearbeitet von Bing, Fritz, Flechtheim, Julius, Hachenburg, Max, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932/34.
Eckhardt, H.	Geld-, Bank- und Börsenwesen, Stuttgart 1955.
Enneccerus, Ludwig Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Bd. I, Tübingen 1960.
Enneccerus, Ludwig Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.

Entwurf eines Aktiengesetzes mit Begründung (Regierungsentwurf) Bundestagsdrucksache 1915/13.6. 1960, Bonn 1960.

Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1930.

Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen Berlin 1883.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst Denkschrift, Berlin 1897.

Erman, Walter — Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Bearbeiter: Böhle-Stammschräder, Westermann, 4. Aufl., Münster 1967.

Esser, Josef — Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.

Eucken, Walter — Kapitaltheoretische Untersuchungen, 2. Aufl., Tübingen, Zürich 1954.

Eyermann, Kurt — Die Ordnungsmäßigkeit der Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Erlangen.

Feine, Hans Erich — Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 3. Abt., herausgegeben von Victor Ehrenberg.

Fikentscher, Wolfgang — Das Schuldrecht, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 2, Berlin 1965.

Fischer, Rudolf — Die Personenvereinigungen, Die Aktiengesellschaft in Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Bd., 1. Abt., herausgegeben von Victor Ehrenberg, Leipzig 1916.

Flechtheim, Julius — Akzessorische Rechte der Aktionäre in ZBlHR 1930, 271 ff.

Flume, Werner
1.) Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten in AcP 161 (1962) S.52 ff.,
2.) Rechtsgeschäft und Privatautonomie in Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, S.135 ff., Bd. I, Karlsruhe 1960.

Frey, Kaspar — Rechtliche und wirtschaftliche Probleme der Aktionärbegünstigung bei Kapitalerhöhungen und durch Aktienteilung, Winterthur 1962.

Freytag, Engelbert — Die Haftung für Sacheinlagen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Greifswald/Würzburg 1939.

Friedländer, Heinr. — Konzernrecht, Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.

Gadow-Heinichen — Grosskommentar der Praxis Aktiengesetz, Bearbeiter: Barz, Hans, Fischer, Robert, Klug, Ulrich, Mellerowicz, Konrad, Meyer-Landrut, Joachim, Schilling, Wolfgang, Schmidt, Walter, 2. Auflage, Berlin 1961/65.

Geiler, Karl — Anm. zum RG-Urteil in JW 1933, S.52 Nr. 8.

Georgakopoulos, Leonidas N.
1.) Zur Problematik der Wandelschuldverschreibungen in ZHR Bd. 120/21 (1957/58) S.84 ff.
2.) Die Gründung der Aktiengesellschaft, Hamburg 1959.

Gessler, Julius v.	Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1933.
Gierke, Otto v.	1.) Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887,
	2.) Deutsches Privatrecht, Bd. III, Schuldrecht, Leipzig 1957.
Gleichenstein, Freiherr v.	Wandelschuldverschreibungen neuen Stils in Die AG 1964, S.141 ff.
Godin, Reinhard, Freiherr v. Wilhelmi, Hans	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Auflage, Berlin 1950.
Godin/Wilhelmi	Aktiengesetz vom 6. September 1965, Bd. I, II, Bearbeiter: Wilhelmi, Hans und Sylvester, 3. Auflage, Berlin 1967.
Goldmann, Samuel	Das Handelsgesetzbuch, Bd. II: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Berlin 1905.
Goldschmidt, E.	Das Emissionsgeschäft im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. II, S.244 ff. / 1927.
Goldschmidt, Friedr.	Das neue Aktienrecht, München 1932.
Gremmels, Hans	Treuhand und mittelbare Stellvertretung, (Ist die mittelbare Stellvertretung eine Treugutsbegründungsmöglichkeit?) Diss. Göttingen, Düsseldorf 1936.
Grundler, Kurt	Die rechtliche Natur des Aktienbe-

zugsrechtes und des Dividenden-Nachbezugsrechtes unter Berücksichtigung der Besteuerung, Diss. Erlangen 1927.

Güldenstein, Fritz — Das Aktienbezugsrecht, Diss. Heidelberg-München, Berlin und Leipzig 1914.

Guntz, Dieter — 1.) Das indirekte Bezugsrecht in BB 1959, 654;

2.) Das Subjekt des Bezugsrechts auf Aktien und des Anspruchs auf Gratisaktien in Die Aktiengesellschaft 1958, S.177 ff.

Hachenburg, Max — Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bearbeiter: Schilling, Wolfgang, Schmidt, Walter, Bd. I, Berlin 1956; Bd. II, Berlin 1959.

Hahn, C. Mugdan, B. — Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. VI: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.

Haußmann, Fritz — Die Interessengemeinschaft Schultheiß-Ostwerke-Kahlbaum in Festschrift für Heinitz, S.204 ff., Berlin 1926.

Hax, Karl — Die Bilanz der Unternehmung in JUS 1963, 465 ff.

Heidecker, Hans — Das Bezugsrecht bei niessbrauchbelasteten Aktien in NJW 1956, 892 ff.

Heim, Richard — Die Rechtsstellung des Emissionshauses bei der Einführung von Aktien in den Verkehr, Diss. Marburg 1909.

Hellwig, Konrad — Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Herbig, Gustav

1.) Die Maßnahmen der Kapitalbeschaffung im neuen Aktiengesetz in JW 1937, 510 ff.

2.) Ein Beitrag zum Recht der Sacheinlage in Deutsche Notar-Zeitschrift 1936, Bd. 36, S.332 ff.

Hiller, Hans-Ulrich

Das Aktienbezugsrecht, Diss. Würzburg 1931.

Hintner, Otto

1.) Effektenemission im Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. I, Sp. 1521 ff., Stuttgart 1955,

2.) Wertpapierbörsen, Wiesbaden 1961.

Hübner, Heinz

Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. I, S.373 ff.

Hueck, Alfred

1.) Anm. zum Urt. des OLG München vom 13. Juli 1955 - 7 U 950/55 (JZ 56, 60 ff.) in JZ 56, 61 f.,

2.) Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947,

3.) Die Behandlung von Wandelschuldverschreibungen bei Änderung des Grundkapitals in Der Betrieb 1963, 1347 ff.

Hueck, Götz

Kapitalerhöhung und Aktienbezugsrecht in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1965, Bd. I, S.427 ff.

Ihlder, Fritz

Die Erhöhung des Grundkapitals bei Aktiengesellschaften, Diss. Rostock 1905.

Kalveram, Hallstein, Walter

Die Berichtigung des Gesellschaftskapitals, Frankfurt a.M. 1942.

Karo, Robert	Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechtes und seine Gestaltung bei dem Bestehen eines Pfandrechtes, Diss. Erlangen 1916.
Kersting, Ferdinand	Fragen aus dem Aktienbezugsrecht, Diss. Erlangen/Lippstadt 1928.
Keyßner, Hugo	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1878.
Koeppel, Wilhelm	Zur Frage der Versteuerung von Konsortialgeschäften, BA 29 (1929/30) S.92 ff.
Kramer, Karl	Die Emissionstätigkeit der Bankhäuser in juristischer Beleuchtung, Diss. Heidelberg-Schwetzingen 1929.
Krónstein, Heinrich	Die abhängige juristische Person, München, Berlin, Leipzig 1930.
Kropff, Bruno	Aktiengesetz, Düsseldorf 1965.
Lange, Friedrich	Sacheinlagen bei den privatrechtlichen Korporationen, Diss. Halle 1936.
Larenz, Karl	1.) Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960, 2.) Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgem. Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1967, 3.) Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1967, 4.) Anmerkungen zu dem Urteil BGH, Urt. v. 25. April 1956, - VI ZR 34/55 - in NJW 1956, 1193.
Lehmann, Karl	Das Recht der Aktiengesellschaften, 2 Bände, Bd. 1: Berlin 1898, Bd. 2: Berlin 1904.

Lehmann-Ring	Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert von Karl Lehmann und Victor Ring, Bd. II, Berlin 1913.
Lehmann, Julius	Sacheinlage und Aktienagio in ZBlHR 1930, S.288 ff.
Leonhard, Franz	Das Schuldrecht des BGB, Bd. I, Allgem. Teil, München und Leipzig 1929/31.
Liefmann, Robert	Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 5. Auflage, Jena 1931.
Löhr, Willi	Die Erhöhung des Grundkapitals der Aktien-Gesellschaften durch Ausgabe neuer Aktien, Diss. Würzburg, Essen 1927.
Lotz, W.	Emissionsgeschäft im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 1926, Bd. III, 4. Auflage, S.715 ff.
Lutter, Marcus	Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964.
Makower, H. und F.	Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Auflage, Berlin 1906, Erster Band, Buch I und II.
Mann, Fritz A.	Die Sachgründung im Aktienrecht, Mannheim 1932.
Meidner, Franz	Das Sachgründungsgeschäft im Aktienrecht, Diss. Breslau 1935.
Mellerowicz, Konrad	Emissionsgeschäft im Enzyklopädischen Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, Bd. I, S.501 ff., Frankfurt 1957.
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.

Most, August — Risiken im bankmäßigen Effekten- und Konsortialgeschäft vom Innenverhältnis aus gesehen in Die Bank 1936 (Bd.29), S.1322.

Mülhaupt, Ludwig — Der Bindungsgedanke in der Finanzierungslehre, Wiesbaden 1966.

Müller-Erzbach, Rudolf — 1.) Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948,

2.) Deutsches Handelsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1927.

Nagel, Leopold — Das Aktienbezugsrecht, Diss. Breslau 1911.

Neukamp, — Der Reservefonds der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften in ZHR 38 (1891), S.10 ff.

Nicolai, Oswald — Das Aktienbezugsrecht, Diss. Frankfurt 1918.

Nieden, — Die privatrechtliche Haftung für Gründungsvorgänge nach deutschem Aktienrecht, Diss. Leipzig 1902.

Nissen, — Über die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft in ZHR 19 (1874), S.353 ff.

Noppel, Adolf — Der Sacheinlagevertrag bei der Gründung von Aktiengesellschaften, Diss. Heidelberg 1912.

Nübell, Ferdinand — Die Abgrenzung der Aktienübernahme von der Aktienzeichnung und die aus der Übernahme und Zeichnung hervorgehenden Rechte und Pflichten, Sonderabdruck aus Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 43, S.104 ff.

Obst, Georg
Hintner, Otto — Geld-, Bank- und Börsenwesen, 35. Auflage, Stuttgart 1963.

Oertmann, Paul	Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Auflage, Berlin 1910.
Ott, Edward Emil	Das Bezugsrecht der Aktionäre, Bern 1962.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Bearb.: hier Danckelmann, 25. Auflage, München und Berlin 1967.
Planck, Stohal, E.	Bürgerliches Gesetzbuch, (Recht der Schuldverhältnisse), Bd. II, 1. Hälfte, 4. Auflage, Berlin 1914.
Pleuss, Otto Heinr.	Haftung der Gesellschafter einer GmbH bei mangelhaften Sacheinlagen, Diss. Erlangen 1934.
Prion, W.	Die Lehre vom Bankbetrieb im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Auflage, 1924, Bd. II, S.124 ff.
Quassowski, Leo	Aktienrechtliche Formen der Kapitalbeschaffung in Festschrift für Schlegelberger, Berlin 1936, S.377 ff.
Raiser, Ludwig	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, S.101 ff., Bd. I, Karlsruhe 1960.
Rauch, Karl	1.) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, Teil I, Weimar 1945, 2.) Grundkapital und Gesellschaftsvermögen in Schmollers Jahrbuch, Bd. 67 (1943), S.559 ff.
Referentenentwurf eines	Aktiengesetzes, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, Köln 1958.

Reinicke, Günther	Rückgriffshaftung bei der Vorbereitungsgesellschaft in Die AG 1962, 66 ff.
RGR-Kommentar zum Handelsgesetzbuch,	Bd. I (§§ 1-104), bearbeitet v. Hans Würdinger, 2. Auflage, Berlin 1953.
Riédel, Hermann	Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechts, Diss. Greifswald 1919.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961.
Sachs,	Besprechung von Literatur über Aktiengesellschaften in ZHR 19, 313.
v. Salis, Rodo	Das autorisierte Kapital, Diss. Zürich 1937.
v. Schanz, G.	Emissionsgeschäft im Wörterbuch der Volkswirtschaft Bd. I, S.786 ff., 3. Auflage, Jena 1911.
Schlegelberger, Franz	Handelsgesetzbuch Bd. I, bearbeitet von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt und Schröder, 4. Auflage, Berlin, Frankfurt 1960.
Schlegelberger-Quassowski	Aktiengesetz, bearbeitet von: Franz Schlegelberger, Leo Quassowski, Gustav Herbig, Ernst Gessler, Wolfgang Hefermehl, 3. Auflage, Berlin 1939.
Schless, Robert	Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, Leipzig 1931.
Schmalenbach, Eugen	Die Finanzierung der Betriebe, Bd. I: Kapital, Kredit und Zins, 3. Aufl., Köln, Opladen 1951,
	Bd. II: Die Beteiligungsfinanzierung, 8. Aufl., Köln, Opladen 1954,

	Bd. III: Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln, Opladen 1950.
Schmidt, Richard	Die Gründerverantwortlichkeit, Berlin 1898.
Schmölder, Karl	Beitrag zu: Der Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien in JW 1930, 2623 ff.
Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig	Bemerkungen zum Aktienrecht in DNotZ 1963, 404 ff.
Schubring, Wolfgang	Aktienbezugsrecht und Bezugsrechtsschein, Diss. Göttingen 1932.
Schürmann, Elmar	Die Rechtsnatur der Gründerhaftung im Aktienrecht, Diss. Münster 1965, Fakultätsentwurf.
Schultze, Alfred	Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Jh. Jhb. 43 (1901) S.1 ff.
Schumpeter, Joseph	Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 5. Auflage, Berlin 1952.
Siebel, Ulf R.	Fragen zur Vereinheitlichung des Aktienrechts, Beiheft 21 zur ZHR, Stuttgart 1954.
Siebert, Wolfgang	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933.
Simon, Veit Hermann	Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 3. Auflage, Berlin 1899.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967, hier zit. Bearbeiter: Siebert, Knopp, Hefermehl, Schultze-v. Lasaulx, Schmidt,

	Bd. II, hier zit. Bearbeiter: Ballerstedt, Stuttgart 1962.
Staub, Hermann	1.) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II (§§ 178-342 HGB), Bearbeiter: Pinner, Albert, Bondi, Felix, Gadow, Wilhelm, Heinichen, Eduard; Berlin, Leipzig 1933. 2.) Bd. I, 6./7. Auflage, Berlin 1900, Bearbeiter: Staub, 3.) Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3./4. Auflage, Berlin 1896.
Staudinger, J.	1.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Bearbeiter: Coing und Brändl, 11. Aufl., Berlin 1957, 2.) Kommentar zum BGB, §§ 324-432, Bearbeiter: Werner, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1930.
Stein, Friedrich Jonas, Martin	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, bearbeitet von Adolf Schönke und Rudolf Pohle, Tübingen 1953/56.
Steiner, J.	Das Aktienbezugsrecht, ungedr. Haller diss. iur. 1924, zit. bei Georgakopoulos, ZHR 1957/58, S.119.
Steinrücke, Bernhard Scholze, Herbert	Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, Berlin 1956.
Stern, Walther	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter und der Ausschluß des Aktionärsbezugsrechts, Diss. Göttingen 1928.
Stoll, Heinrich	Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen in LZ 1923, S.532 ff.

Stricker, Werner	Aktienkapitalerhöhungen und Bezugsrechte, Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung Zürich 1955 (zit. bei Ott).
Sydow,	Über Consortien oder sogenannte Syndicate zur Actienbegebung in ZHR 19, 427 ff.
Teichmann-Koehler	bearbeitet von: Teichmann, Robert, Koehler, Walter, Aktiengesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1950.
Trumpler, Hans	Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel 1950.
Weber, Adolf	Geld und Kredit, Banken und Börsen, 6. Auflage, Heidelberg 1959.
Westermann, Harry	1.) Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, erschienen in Heft 11 der Schriftenreihe der Jur. Studiengesellschaft, Karlsruhe 1954, 2.) Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Schriften zur Förderung der Westf. Wilhelmsuniversität zu Münster, Münster 1955, 3.) Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auszulegenden Willensaktes, S.281 ff. in Festschrift der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes NW zu Ehren von Karl Arnold, Köln, Opladen 1959, 4.) Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft, S. 251 ff. in Freundesgabe der Wissenschaft für Ernst Helmut Vits, Frankfurt a.M. 1953,

5.) Sachenrecht,
Ein Lehrbuch, 5. Auflage,
Karlsruhe 1966,

6.) Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum.
Eine Darstellung der subjektiv dinglichen Rechte und Pflichten im Bodenrecht,
Heide/Holst. 1942.

Westermann, Harry,
Scherpf, Peter
Paulick, Heinz
Bulla, Gustav Adolf
Hackbeil, Werner
Handbuch der Personengesellschaften,
Köln 1967.

Wieland, Karl
Handelsrecht,
Bd. II: Die Kapitalgesellschaften,
München und Leipzig 1931.

Wiener,
Die Errichtung der Aktiengesellschaft in ZHR Bd. 24 (1869), S.1 ff.,
Bd. 25 (1870), S.1 ff.

Wilhelmi, Hans
Friedrich, Werner
Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung,
Berlin 1960.

Wiethölter, Rudolf
1.) Die Gründungskontrolle bei Aktiengesellschaften
in Deutsche Landesreferate,
S.225 ff.,
Berlin und Tübingen 1962,

2.) Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht,
Karlsruhe 1961.

Wolff, Ernst
Verträge zugunsten Dritter im Aktienrecht
in Festschrift für Albert Pinner,
Berlin und Leipzig 1932, S.656 ff.

Wolff, Theodor
Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechts in
LZ 1921, S.697, 729.

Würdinger, Hans
1.) Aktienrecht - eine systematische Darstellung -,
Karlsruhe 1959 (zit. Aktienrecht),

2.) Aktien- und Konzernrecht
- eine systematische Darstellung -, 2. Auflage,
Karlsruhe 1966.

Zintzen, Heinrich
Halft, Karl

Kommentar zu den Gesetzen über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln,
Köln 1960.

T E I L I

Die Problemstellung; die Bedeutung der Kapitalerhöhung für die Aktionäre; das Emissionsgeschäft im Rahmen der Kapitalerhöhung.

§ 1: Die Problemstellung

In der vorliegenden Arbeit sollen Aufgaben und Stellung der Banken im Rahmen der Kapitalerhöhungen erörtert werden, die von Aktiengesellschaften durchgeführt werden. Die Erörterung dieses Themenkreises setzt voraus, daß die verschiedenen Arten der Kapitalerhöhung gegeneinander abgegrenzt werden (§ 2 d.A.). Denn die Verschiedenartigkeit der Formen, durch die eine Aktiengesellschaft in die Lage versetzt wird, ihr Grundkapital zu erhöhen, bringt für die Banken, die durch die Aktiengesellschaften in den Kapitalerhöhungsprozeß eingeschaltet werden, unterschiedliche Aufgaben und Funktionen mit. Diese können nur auf die verschiedenen Kapitalerhöhungsformen bezogen erörtert werden. Das kann bereits dem Unterschied entnommen werden, der zwischen der nominellen Kapitalerhöhung und der Kapitalerhöhung durch Beschaffung neuer Gesellschaftsmittel besteht: Der unterschiedlich zu beurteilende wirtschaftliche Vorgang führt zu einer verschiedenen rechtlichen Stellung der Begünstigten, so daß die Stellung der Banken ebenfalls unterschiedlich ist.

Die Kapitalerhöhung führt zur Emission neuer Aktien. Es wird dadurch die Frage aufgeworfen, wie die Banken in den Emissionsprozeß, der durch die Kapitalerhöhung hervorgerufen wird, eingeschaltet werden (§ 3 d.A.). Da sich die Banken bei der Durchführung der Emissionsgeschäfte sehr häufig zu sogenannten Emissionskonsortien zusammenschliessen, werden zugleich die Rechtsprobleme gestreift, die mit der Bildung eines Konsortiums zusammenhängen.

Die Erörterungen über die Stellung der Banken im Emissionsgeschäft bei Kapitalerhöhungen bewegen sich im Rahmen zweier Problemkreise: Einmal soll untersucht werden, wie die Rechte der Aktionäre gesichert sind, die diese durch die Kapitalerhöhung erwerben sollen, zum anderen ergibt sich die Frage danach, in welchem Maße die Aufbringung des Grundkapitals bei der Kapitalerhöhung gesichert ist. Im ersteren Falle kann man von der Sicherung der Einzelinteressen der Aktionäre sprechen; denn nach der gesetzlichen Regelung steht den Aktionären einer Gesellschaft das Recht auf den Erwerb neuer Anteile aus der Kapitalerhöhung zu. Im letzteren Fall kann man diese Interessen als Kollektivinteressen bezeichnen; denn dadurch, daß die Aufbringung des Grundkapitals durch strenge Vorschriften gewährleistet werden soll, sollen die gemeinsamen Interessen der Personen geschützt werden, die wirtschaftlich und rechtlich mit der Aktiengesellschaft eng verbunden sind und demgemäß an Entstehung, Fortbestand und Prosperität der Gesellschaft interessiert sind. Diese Interessenrichtungen müssen dargestellt werden, bevor in Teil II und Teil III dieser Arbeit die beiden oben genannten Problemkreise erörtert werden. Nach dem Inhalt des Gesetzes werden diese verschiedenen Interessen durch das Grundkapital geschützt. Werden die dem Grundkapital insoweit zukommenden Funktionen herausgearbeitet, so kann die Auswirkung der Kapitalerhöhung auf diese Funktionen und damit auf die hinter dem Grundkapital stehenden Interessen erarbeitet werden (§ 4 d.A.). Aufbauend auf diesen Ausführungen schliessen sich die Erörterungen darüber an, wie die Einzel- und Kollektivinteressen durch die Einschaltung von Banken bei der Kapitalerhöhung gefährdet und, soweit eine Gefährdung vorliegt, auch gesichert werden können.

Die Individualinteressen der Aktionäre, die durch das Recht auf den Erwerb neuer Anteile bei der Kapitalerhöhung

verkörpert werden, sind durch das gesetzliche Institut des Bezugrechts geschützt. In welcher Rechtsform die Banken im Rahmen der Ausübung des Bezugsrechts durch die Aktionäre eingeschaltet werden und welche Schwierigkeiten und Probleme sich daraus ergeben, ist Gegenstand der Erörterungen des Teils II dieser Arbeit.

In Teil III wird sodann die Frage aufgeworfen, nach welchen Vorschriften die Banken als Sacheinleger haften. Die Haftung des Einlegers bei der Gründung beruht einmal auf dem Vertrag, der die Verpflichtung zur Leistung der Bar- und Sacheinlage enthält, zum anderen auf seiner Tätigkeit als Gründer [1]. Gegenstand der nachstehenden Erörterungen ist es, ob den Einleger bei der Kapitalerhöhung lediglich die vertragliche Haftung (§§ 7-9 d.A.) oder darüber hinaus auch die Gründerhaftung bzw. eine der Gründerhaftung ähnliche Haftung aus einer der Gründertätigkeit vergleichbaren Tätigkeit trifft (§§ 10 - 13 d.A.). Die Vorschriften über die Gründerhaftung wären auch im Rahmen der Kapitalerhöhung anwendbar, wenn die Kapitalerhöhung eine Neugründung der Gesellschaft darstellte. Ist aber das Institut der Kapitalerhöhung nur in einzelnen Punkten der Gründung nachgebildet und kennt es keine Gründer mit einem entsprechenden Aufgabenkreis, so kann diese Haftung nur unter dem Aspekt einer entsprechenden Anwendbarkeit der Gründerhaftungsvorschriften erörtert werden.

---

1) Schürmann, S.85 ff.

§ 2: Die Kapitalerhöhung im Allgemeinen

I. Die geschichtliche Entwicklung der Kapitalerhöhung

In den Anfängen der deutschen Gesetzgebung im Aktienrecht [1] sind Vorschriften über Kapitalerhöhungen nicht enthalten. Die Kapitalerhöhung war jedoch auch zu jener Zeit bekannt und häufig. Dabei bedienten sich die Gesellschaften sowohl der Finanzierung aus eigenen als auch fremden Mitteln [2]. Bei der Kapitalerhöhung aus fremden Mitteln, die meist durch die Ausgabe neuer Anteilscheine durchgeführt wurde, fehlte es sehr oft an einer strengen Unterscheidung zwischen der Erhöhung des Grundkapitals in der uns heute bekannten Form -Überführung von Fremd- in Eigenmittel der Gesellschaft unter Bindung in Grundkapital- und der Aufnahme von Krediten in der Form von Obligationen [3].

Eng damit zusammen hängt die Tatsache, daß sich der Begriff eines festen Grundkapitals, dem die Funktion eines Garantiefonds zugunsten der Gläubiger zugeschrieben wurde, allgemein noch nicht entwickelt hatte [4]. Auch das Aktiengesetz von 1843 maß dem Begriff, obwohl es ihn bereits gebrauchte, diese Funktion noch nicht zu [5].

Zudem bedurfte sowohl die Ausgabe von Obligationen als auch die Durchführung einer Kapitalerhöhung der landesherrlichen Genehmigung. Das kann als weitere Erklärung

---

1) Gesetz über Aktiengesellschaften vom 9. November 1843 = preußische Gesetzessammlung 1843, S.341; ADHGB vom 1. März 1862 = preußische Gesetzessammlung 1861, S.449; Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 = BGBl. des norddeutschen Bundes 1870, 375.

2) Rauch, Kapitalerhöhung, S.99; Bösselmann, S.139 f., 148.

3) Bösselmann, S.134 (Beispiel der Kölnischen Dampfschiffahrtsgesellschaft).

4) Rauch, Schmollers Jb. 67 (1943), S.565 ff.; Bösselmann, S.118 ff.

5) Bösselmann, S.118.

dafür angeführt werden, weshalb man eine Trennung zwischen der Investition aus der Beschaffung von Mitteln in der Form des Fremd- und Eigenkapitals nicht für erforderlich hielt [1].

Das Aktiengesetz von 1843 unterwarf Statutenänderungen einer Veröffentlichungspflicht (§ 4 i.V. mit § 3 des Gesetzes). Kapitalerhöhungen wurden allgemein als derartige Statutenänderungen veröffentlicht [2].

Als im Jahre 1870 das Konzessionssystem [3] durch das Normativsystem abgelöst worden war, traten in den folgenden Jahren erhebliche Mißstände auf, die gerade Kapitalerhöhungen betrafen. Denn die Normativvorschriften der Art. 209 ff. [4] galten nur für die Gründung der Aktiengesellschaften, nicht aber für die Kapitalerhöhung. Die Folge war, daß man allgemein davon ausging, die "alsbal-

---

1) Bösselmann, S.134; Obligationen waren genehmigungspflichtig aufgrund des "Gesetzes wegen Ausstellung von Papieren, die eine Zahlungsverpflichtung an jeden Inhaber enthalten" vom 17. Juni 1833 = preußische Gesetzessammlung 1833, S.75; die Kapitalerhöhung aufgrund des Gesetzes von 1843 (Konzessionensystem!), § 4; für Eisenbahngesellschaften wurde diese Regelung durch § 6 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 = preußische Gesetzessammlung 1838, S.505 ff. getroffen.

2) Bösselmann, S.135/136.
Rauch weist ferner darauf hin (Kapitalerhöhung, S.113), daß die Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, 1857, Bd. II, S.90 zu Art. 180 nur die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung und die Fusion als wesentliche Abänderung des Gesellschaftsvertrages ansehen, durch die der alte Vertrag in einen völlig neuen umgewandelt werde, nicht aber die Kapitalerhöhung.

3) Zu dem Begriff und Unterschied vom Oktroisystem vgl. Lehmann I, S.285, 288.

4) Aktiennovelle vom 11. Juni 1870 = BGBl. des norddeutschen Bundes 1870, 375 ff.

dige Erhöhung des Grundkapitals biete das erlaubte und willkommene Mittel zur Umgehung jener nur für die erste Errichtung gültigen Vorschriften" [1]. Man ging dabei ziemlich verantwortungslos vor und benutzte die Kapitalerhöhung zu hemmungslosen Spekulationen [2].

Die Kapitalerhöhung wurde erstmals im Jahre 1884 einer besonderen gesetzlichen Regelung unterworfen [3]. Die Grundsätze dieser Regelung wurden in den Jahre 1897 [4] und 1937 [5] übernommen und verfeinert und haben im heutigen Aktienrecht nach wie vor Geltung [6]. Durch das Aktiengesetz von 1937 wurden der Kapitalerhöhung gegen Einlagen die Institute der bedingten Kapitalerhöhung [7] sowie des genehmigten Kapitals [8], einem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechend, angegliedert. Aus dem gleichen Beweggrund wurde im Jahre 1959 die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln einer gesetzlichen Regelung unterworfen [9]. Diese Institute sind unter dem Titel "Maßnahmen der Kapitalbeschaffung" in das heutige Aktienrecht übernommen worden [10].

---

1) ROHG, Bd. XXII, 219, 220.

2) ROHG, aaO.

3) Novelle zum ADHGB vom 18. Juli 1884 = RGBl. 1884, S. 123; vgl. Art. 215a, b ADHGB.

4) HGB vom 10. Mai 1897 = RGBl. 1897, S.219 ff. (§§ 178 ff.; die Kapitalerhöhung war in den §§ 278 ff. geregelt).

5) §§ 149 ff. des Gesetzes über die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937 = RGBl. I, S.107.

6) §§ 182 ff. AktGes.

7) §§ 159-168 AktGes. 1937.

8) §§ 169-173 AktGes. 1937.

9) Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung vom 23. Dezember 1959 (BGBl. I, S.789).

10) §§ 182-221 Aktiengesetz vom 6. September 1965, BGBl. I, S.1089.

II. Die Kapitalerhöhungsarten

Das Aktienrecht regelt folglich zwei Arten der Kapitalerhöhung: Die Kapitalerhöhungsart, die die Zuführung neuer Mittel an die Aktiengesellschaft von außen bezweckt [1] und die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln [2]. Zu den Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, durch die der Gesellschaft neue Mittel von außen zugeführt werden sollen, gehören die Kapitalerhöhung gegen Einlagen (ordentliche Kapitalerhöhung), §§ 182-191 (149-158),
die bedingte Kapitalerhöhung, §§ 192-201 (159-168),
das genehmigte Kapital, §§ 202-206 (169-173).
Zu diesen Maßnahmen rechnen ferner die Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, § 221 (174), sowie die Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, §§ 139-141 (115-117) [3].

Die Wandelschuldverschreibung ist wirtschaftlich als eine Mischform zwischen dem Gläubigerrecht aus einer reinen Schuldverschreibung und dem Anteilsrecht eines Aktionärs anzusehen [4].

---

1) Das Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, RGBl. I, S.107) regelte unter dem Abschnitt "Maßnahmen der Kapitalbeschaffung" nur Maßnahmen, die der Gesellschaft neue Mittel von außen zuführten.

2) Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln wurde erstmalig durch das Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung vom 23. Dezember 1959 (BGBl. I, S.789) geregelt.

3) Zwar sind Vorzugsaktien ohne Stimmrecht dem Abschnitt über die Maßnahmen der Kapitalbeschaffung nicht unterstellt; dennoch stellen sie ein typisches Kapitalbeschaffungsmittel dar, vgl. u.a. Herbig, JW 1937, 510 ff.; Teichmann-Koehler zu § 149 Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, § 115 Anm. 1.

4) Weipert in Grossk. § 159, Anm. 1; Baumbach-Hueck, Vorbem. 4 zu § 221 (12. Aufl. Einf. zu § 174 Anm. 3); Teichmann-Koehler, § 174 Anm. 1; Georgakopoulos, ZHR 120/21, S.87; Schlegelberger-Quassowski, § 174 Anm. 1; v. Gleichenstein: Die AG 164, 142; vgl. sinngemäß A. Hueck, Betr. 1963, 1347.

Das Anteilsrecht entsteht durch die Ausübung eines den Wandelobligationären unentziehbar eingeräumten Umtausch- oder Bezugsrechts, § 192 (159) Abs. 1. Durch diese Besonderheit tritt die Wandelschuldverschreibung in Beziehung zu der Beschaffung von Kapital in der Form des gebundenen Eigenkapitals. Als Kapitalerhöhungsmaßnahme kommt insoweit das Verfahren der bedingten Kapitalerhöhung in Betracht; denn es ist außer zur Vorbereitung des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen zu dem Zweck bestimmt, den Gläubigern von Wandelschuldverschreibungen ein unentziehbares Umtausch- oder Bezugsrecht zu gewähren, das die Gesellschaft auf die neuen Aktien einräumt, § 192 (159).

Dagegen stellt die Gewinnschuldverschreibung eine andersgeartete Verbindung zu den Aktionärsrechten dar. Die Rechte eines Gläubigers werden mit dem Recht der Aktionäre auf Geltendmachung eines Gewinns verbunden, § 221 (174). Eine Beziehung zu einer Kapitalerhöhungsform tritt also nicht auf.

Die Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennwertes der Aktien war bisher im Aktienrecht nicht geregelt und in ihrer Zulässigkeit umstritten [1]. Sie ist jetzt durch die Formulierung des Gesetzes [2] ausgeschlossen und scheidet aus der Betrachtung aus.

---

1) Fischer in Grossk. § 149 Anm. 1; Teichmann-Koehler, § 149 Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, § 149 Anm. 5; K. Lehmann II, S.446; RG 62, 363 (365); Staub-Pinner, § 278 HGB Vorbem. Anm. 1 mit weiteren Literaturangaben im Hinblick auf ältere Literatur.

2) § 182 Abs. 1, S.4: "Die Kapitalerhöhung kann nur durch Ausgabe neuer Aktien ausgeführt werden". Vgl. auch § 202 Abs. 1.

III. Die wesensmäßigen Unterschiede der Kapitalbeschaffungsformen

Allen Kapitalerhöhungsarten ist gemeinsam, daß eine Änderung der in der Satzung festgesetzten Höhe des Grundkapitals durch die Neuemission von Aktien eintritt. Bei der Kapitalerhöhung gegen Zuführung neuer Mittel von außen werden der Gesellschaft neue Mittel zugeführt, die eine Kapitalbildung bewirken [1]. Sie werden in bestimmter festzusetzender Höhe gebundenes Kapital (Grundkapital). Dabei unterscheiden sich die Maßnahmen wesensgemäß wie folgt:

Die Kapitalerhöhung gegen Einlagen ist zuerst als Form der Kapitalbeschaffung durch Änderung des Grundkapitals eingeführt worden [2]. Sie stellt die Grundform der Kapitalerhöhung dar [3], die in den Teilen der Zeichnung und Einbringung des Kapitals den Gründungsvorschriften [4] weitgehend angeglichen ist [5]. Sie ist gesetzlich das normale Mittel, den Kapitalbedarf der Gesellschaft zu decken, soweit dies durch Eigenkapitalbildung geschehen soll.

Demgegenüber sind die bedingte Kapitalerhöhung sowie das genehmigte Kapital als Sonderformen der ordentlichen Ka-

---

1) Quassowski in Festschrift für Schlegelberger, S.377 ff.

2) Durch die Novelle zum Aktienrecht aus dem Jahre 1884, vgl. Art. 215a ADHGB.

3) Quassowski, aaO.; Schlegelberger-Quassowski, § 149 Vorbem. 1.

4) Gemeint ist das Institut der Stufengründung, § 30 AktG 1937; dieses Institut ist in dem neuen Aktienrecht nicht mehr enthalten, das in der Praxis ungebräuchlich und daher ohne Bedeutung war.

5) Quassowski, aaO.

pitalerhöhung anzusehen [1]. Die bedingte Kapitalerhöhung ist zweckbeschränkt gemäß ihrer eigenartigen Gestaltung [2]. Die Beschränkung zeigt sich einmal darin, daß die beschlossene bedingte Kapitalerhöhung nur insoweit durchgeführt werden soll, als von einem unentziehbaren Umtausch- oder Bezugsrecht Gebrauch gemacht wird, das die Gesellschaft auf die neuen Aktien einräumt, zum anderen soll die bedingte Kapitalerhöhung nur zur Gewährung dieser Rechte an Gläubiger von Wandelschuldverschreibungen zur Vorbereitung einer Verschmelzung oder zur Gewährung von Bezugsrechten an Arbeitnehmer der Gesellschaft gegen Gewinnbeteiligungseinlagen beschlossen werden, § 192 (159) Abs. 1, 2 [3]. Das Grundkapital ist bereits mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bedingt erhöht [4]. Der Kapitalerhöhungsbeschluß ist stets unbedingt, während er bei der ordentlichen Kapitalerhöhung in seiner Wirksamkeit durch das Zeichnungsergebnis bedingt ist [5].

---

1) Schlegelberger-Quassowski, § 149 Vorbem. 1; Ritter, § 159 Anm. 2a; § 169 Anm. 2; im Hinblick auf das genehmigte Kapital, das sowohl nach seiner geschichtlichen Entwicklung als auch seiner Regelung im Aktienrecht zu den Kapitalerhöhungsformen zählt, v.Salis, S.72; Weipert-Schilling in Grossk. § 169 Anm. 2; Teichmann-Koehler, Anm. 1 zu §§ 169 ff.

2) Schlegelberger-Quassowski, § 159 Anm. 4; vgl. auch Teichmann-Koehler, § 159 ff. Anm. 1 f.; Ritter, § 159 Anm. 2a; Weipert-Schilling, § 159 Anm. 2b.

3) Die Gewährung von Bezugsrechten an Arbeitnehmer der Gesellschaft gegen Gewinnbeteiligungseinlagen, § 192 Abs. 2 Ziff. 3, war in dem bisherigen Aktiengesetz nicht enthalten.

4) Herbig, JW 1937, S.510 ff. (512); Teichmann-Koehler, § 159 Anm. 4.

5) Würdinger, § 34 I 3; Schlegelberger-Quassowski, § 159 Anm. 1; v. Godin-Wilhelmi, § 192 Anm. 2 (2. Aufl. § 159 Anm. 1); Baumbach-Hueck, 13. Aufl., § 192 Anm. 2, 4 (12. Aufl. § 159 Anm. 1, Einf. 1); Weipert-Schilling in Grossk. § 159 Anm. 3; a.A. ohne Begründung Ritter, § 159 Anm. 2a.

Dagegen hängen Durchführung und deren Umfang bei der bedingten Kapitalerhöhung davon ab, wieviele Berechtigte ihr Recht ausüben werden [1]. Die Mitgliedschaften entstehen nicht, wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung, alle zu gleicher Zeit, sondern mit der Ausgabe der Anteile, die aufgrund des einzelnen geltend gemachten Bezugs- oder Umtauschrechtes erfolgt [2]. Die Kapitalerhöhung ist mit der Ausgabe der Anteile erfolgt, § 200 (167); die nachfolgende Eintragung gemäß § 201 (168) hat nur deklaratorische Bedeutung [3]. Umgekehrt kommt der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses konstitutive Wirkung zu, aufgrund deren das Bezugs- oder Umtauschrecht als unentziehbares Recht entsteht [4]. Dieses Recht gehört in der Form der Zusicherung an dritte Personen zum notwendigen Inhalt des Erhöhungsbeschlusses [5], den Stammaktionären steht hier kein Recht kraft Gesetzes zu.

Das Gesetz stellt eine einschneidende Beschränkung auf: Der Nennbetrag des bedingten Kapitals darf nur die Hälfte des bei dem Beschluß über die bedingte Kapitalerhöhung vorhandenen Grundkapitals erreichen, § 192 (159) Abs.3 [6]. Wie die bedingte Kapitalerhöhung stellt das genehmigte

---

1) Würdinger, § 34 I 3.

2) Würdinger, aaO.; Weipert-Schilling, § 167 Anm. 2.

3) Baumbach-Hueck, § 200 Anm. 2 (12. Aufl. § 167 Anm. 1); Schlegelberger-Quassowski, § 167 Anm. 1; Teichmann-Koehler, § 159 ff. Anm. 7, 8; Weipert-Schilling, § 168 Anm. 1; Würdinger, § 34 I 3.

4) Teichmann-Koehler, § 159 ff. Anm. 4; Würdinger, § 34 I 3.

5) Würdinger, § 34 I 3.

6) Ebenso bei dem genehmigten Kapital, § 202 (169) Abs. 3.

Kapital einen Ersatz für die Vorratsaktien [1] dar [2]. Es beinhaltet die in der ursprünglichen Satzung enthaltene oder durch Satzungsänderung geschaffene Ermächtigung des Vorstandes, das Grundkapital bei einer sich bietenden günstigen Gelegenheit bis zu einem bestimmten Nennbetrage durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlagen zu erhöhen, § 202 (169) Abs. 1 und 2 [3]. Damit wird der Grundsatz des ziffernmäßig bestimmten Aktienkapitals nicht durchbrochen; denn die Grundkapitalziffer bleibt unverändert, solange der Vorstand von der Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat [4]. Somit stellt das genehmigte Kapital ein Mittel zur Erhöhung des Grundkapitals dar.

Die Ermächtigung wird in zweifacher Hinsicht vom Gesetz eingeschränkt; der Nennbetrag des genehmigten Kapitals sowie die Dauer der Ermächtigung ist beschränkt, § 202 (169) Abs. 1, 3. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung zur Änderung der Satzung wird teilweise beseitigt, §§ 203 (171) Abs. 1, 204 Abs. 1 (172 Abs. 2). Denn einmal können die Gründer bereits in der Satzung eine Handlung festlegen, die nach den Grundsätzen über die ordentliche Kapitalerhöhung der Hauptversammlung vorbehalten ist, zum anderen gilt der Vorstand als ermächtigt, bestimmte Handlungen vorzunehmen, wenn die Ermächtigung keine Regelung trifft [5]. Diese Handlungen stünden nach den §§ 182 (169) ff. ebenfalls der Hauptversammlung zu.

---

1) Zum Begriff vgl. Hachenburg in Düringer-Hachenburg, Einleitung 14, 64 f. zu §§ 178 ff. HGB.

2) Herbig, JW 1937, S.512; v. Salis, S.229; Weipert-Schilling, § 169 Anm. 1a; Amtliche Begründung, RA 1937, Nr.28.

3) Vgl. Amtl. Begr. zum AktG 1937, aaO.

4) Herbig, JW 1937, S.512; v. Salis, S.232 (keine gesellschaftsexterne Antizipation); Weipert-Schilling, § 169 Anm. 2; u.a.

5) Vgl. dazu den Fall BGH 33, 175 (179 f.); BGH, BB 1960, 1180 = WM IV B 60, 1248; OLG Hamburg, Die AG 1964, 45.

Alle drei Erhöhungsformen kennen die Bar- und Sachkapitalerhöhung, §§ 183 (150), 194 (161), 205 (172). Die Kapitalerhöhung mit Bareinlagen ist gewöhnlich wenig problematisch; denn Geld hat -von dem Fall der Inflation einmal abgesehen- einen festen Wert, der der Aktiengesellschaft zufließt. Die Gefahr einer Übervorteilung ist im Hinblick auf den Wert praktisch nicht gegeben. Die tatsächliche Aufbringung und Einzahlung des Geldes ist in weitgehendem Maße gesichert, §§ 188 (155) Abs. 2 S. 1, 54 (49) Abs. 3, 36 (28) Abs. 2, 37 (29) Abs. 1.
Anders verhält es sich bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen. Obwohl auch hier bestimmte Sicherungsvorschriften aufgestellt sind [1], -sie erreichen jedoch nicht die Vollständigkeit gesetzlicher Sicherungsmaßnahmen bei der Gründung- besteht für die erhöhende Aktiengesellschaft eine weitaus größere Gefahr der Übervorteilung und Schädigung: Denn Gegenstände (Sachen) können im Hinblick auf ihren Wert nur geschätzt werden. Es entstehen schwierige Bewertungsprobleme, die unlauteren Machenschaften Tür und Tor öffnen.

IV. Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (sog. nominelle Kapitalerhöhung)

Durch die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln wird das Nennkapital durch Umwandlung von offenen Rücklagen in Nennkapital erhöht, §§ 207, 208 (1, 2 Kap. Erh. Ges.). Bei dieser Maßnahme handelt es sich nicht um eine Kapitalbeschaffung in dem Sinne, daß der Gesellschaft von außen neue Mittel zugeführt

---

1) §§ 183 (150), 185 (152) Abs. 1 Ziff. 3; 184 (151) Abs. 3, 188 (155) Abs. 4, 142 (118).

werden, sondern "es soll das Grundkapital der tatsächlich vorhandenen Finanzkraft der Gesellschaft angepaßt, also materiell eine Kapitalberichtigung durchgeführt werden"[1]. Bei diesem Vorgang werden bilanztechnisch Teile der Kapitalkontengattungen "Gewinn- und Verlustkonto" und "Rücklagen" in die Gattung "Nominalkapital" umgeschrieben[2]. Wirtschaftlich werden Mittel der Selbstfinanzierung der Gesellschaft in Mittel der Beteiligungsfinanzierung[3] umgewandelt und damit rechtlich den gesetzlichen Bindungen des Nominalkapitals unterstellt. Der Gesetzgeber hat somit die Theorie der Doppelmaßnahme, die den Vorgang der nominellen Kapitalerhöhung in zwei Einzelvorgänge teilte -Ausschüttung des Gewinns an die Aktionäre und Wiedereinzahlung als Preis für den Bezug der Aktien- und die bereits früher stark bekämpft worden war, nicht zur Grundlage der gesetzlichen Regelung gemacht[4]. Von der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln als Kapitalberichtigung ausgehend bestimmt das Gesetz folgerichtig, daß die neuen Anteilsrechte den Aktionären im Verhältnis ihrer Anteile am bisherigen Nennkapital vom Zeitpunkt der Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses an unmittelbar zustehen, § 212 (9 Kap.Erh.Ges.). Gegenteilige Beschlüsse der Hauptversammlung sind nichtig[5]. Eine Kapitalerhöhung durch Neuemission ist nicht erforderlich. Sie kann durch Erhöhung des Nennwertes erfolgen, § 215 Abs. 2.

---

1) Wilhelmi-Friedrich, § 1 Anm. 1; vgl. auch Zintzen-Halft, § 1 Anm. 3 ff.; Brönner, § 1 Anm. 1; Börnstein, Betr. 1960, 216; Gessler, BB 1960, 7.

2) Schmalenbach, Aktiengesellschaft, S.117 f.; vgl. auch Zintzen-Halft, § 1 Anm. 3; Börnstein, aaO.

3) Zum Begriff s. Schmalenbach, Beteiligungsfinanzierung, S.15 ff.

4) Fischer in Grossk. § 150 Anm. 8; Rauch, Kapitalerhöhung S.18 ff.; v. Godin, AcP 145 (1939), S.69 (78 f.).

5) Vgl. dazu Gessler, BB 1960, S.8.

Der Unterschied der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zu der Kapitalerhöhung mit Zuführung neuer Mittel von außen besteht somit in folgendem: Bei der Kapitalerhöhung in Form der Kapitalbeschaffungsmaßnahme werden Anteilsrechte gegen Einlagen ausgegeben (sog. Beteiligungsfinanzierung [1]). Bei der nominellen Kapitalerhöhung werden Mittel der Selbstfinanzierung in solche der Beteiligungsfinanzierung überführt, so daß bilanztechnisch ein Tausch der Passiven vorgenommen und rechtlich Rücklagen der Gesellschaft den gesetzlichen Bindungen des Grundkapitals unterworfen werden.

Die rechtliche Stellung der Begünstigten ist ebenfalls unterschiedlich: Steht dem Aktionär bei der Nominalkapitalerhöhung das Anteilsrecht unmittelbar zu, hat er bei der Kapitalerhöhung durch Zuführung neuer Mittel von außen nur ein (gesetzliches oder vertragliches) Bezugsrecht.

---

1) Vgl. Schmalenbach, Beteiligungsfinanzierung, S.15 ff.

§ 3: Das Emissionsgeschäft im Allgemeinen

Die Kapitalerhöhungen werden durch die Emission neuer Aktien durchgeführt. Nur § 215 Abs. 2 macht eine zwingende Ausnahme von diesem Grundsatz für den Fall, daß auf Aktien nur Teilbeträge eingezahlt worden sind und eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durchgeführt wird. Hier muß die Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrages der Aktien ausgeführt werden (§ 215 Abs. 2 S.2).

I. Begriff

Der Begriff des Emissionsgeschäfts wird in Wissenschaft und Praxis verschieden abgegrenzt [1]. Es wird darunter teilweise der gesamte Verlauf von der Erstausgabe bis zur endgültigen Plazierung im Publikum verstanden [2], zum Teil versteht man darunter nur die Plazierung im Publikum [3].

Bei der Aufstellung einer Definition des Emissionsgeschäfts ist auszugehen von der Deutung des Wortes "Emission". Juristisch gesehen handelt es sich dabei um die erstmalige Ausgabe eines Wertpapiers, die Begebung vom Emittenten (Aussteller) an den Nehmer.

---

1) Delorme, S.46; Kramer, S.11; Liefmann, S.112; Mellerowicz, Börsenlexikon I, S.501; Sellien, Gablers Wirtschaftslexikon, S.858; v.Schanz, Wtb. der Volkswirtschaft, S.786; Lotz, Hdw. der Staatsw. III, S.715 sub 1; Goldschmidt, Hdw. der Rechtsw. II, S.244; Hintner Hdw. der Betriebswirtschaft I, Sp. 1521; Hintner, S. 85 f.; ROHG -Urt. v. 28. März 1876- Rep. 42/76 = Bd. 20, S.248 (255).

2) Delorme, S.46; Hintner, Hdw. der Betriebsw. I, Sp.1521; Hintner, S.85 f.; juristisch auch ROHG, aaO.; Goldschmidt, Handw. der Rechtsw. II, S.244.

3) Sellien, S.858; v. Schanz, S.786; Lotz, S.715; aus der Deutung der Geschäftssprache auch ROHG, aaO.; Liefmann, S.120 ff.

Von diesem Vorgang gehen die verschiedenen Theorien aus, die die Frage zu beantworten suchen, wann eine solche Begebung stattgefunden, insbesondere wann sie als abgeschlossen zu gelten hat [1]. Dieser so verstandene Begriff ist jedoch in zweierlei Hinsicht zu eng. Die Ausgabe der Aktien bei einer Kapitalerhöhung schließt zwar den Vorgang als solchen formell ab, sie beinhaltet jedoch nicht -wie bei der späteren Plazierung- zugleich die Begründung des Rechts; dieses entsteht in der Person des Anteilsinhabers dadurch, daß die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen wird, § 189 (156) [2]. Ferner berücksichtigt der Begriff die wirtschaftlichen Verhältnisse in keiner Weise [3]. Dem Begriff Emission, zurückzuführen auf das Wort "emittere", wohnt nicht nur der Sinngehalt der Ausgabe, sondern auch der Verbreitung inne. Emittere bedeutet aussenden i.S. von verbreiten [4]. Daraus folgt, daß unter Emission nicht nur die erste Ausgabe, sondern auch die weitere Unterbringung (i.S. von Plazierung) im anlagesuchenden Publikum zu verstehen ist.

Dieser Abgrenzung trägt auch der wirtschaftliche Sinn des Emissionsgeschäfts Rechnung, das begrifflich die Ge-

---

1) Vgl. die Aufzählung dieser zu §§ 793 ff. BGB entwikkelten Theorien bei Larenz II, § 60 S.341 ff.

2) Das gilt auch bei dem genehmigten Kapital, § 203 (170) Abs. 1. Anders ist die Sachlage bei der bedingten Kapitalerhöhung: Die Grundkapitalerhöhung tritt mit der Ausgabe der Bezugsaktien ein, § 200 (167). Tatsächliche Kapitalerhöhung, Begründung des Anteilsrechts in der Person des Wandelobligationärs und Aushändigung der Urkunde fallen also in einem Konstitutivakt (wie bei der Begebung sonstiger Wertpapiere) zusammen.

3) Delorme, S.46.

4) Langenscheidts Wtb. unter emittere.

währung von Wertpapierrechten und die zu erbringende Gegenleistung zusammenfaßt: Volkswirtschaftlich liegt sein Sinn im Hinblick auf die Beteiligungspapiere in der "Mobilisierung einer langfristigen Beteiligung an einem geschäftlichen Unternehmen durch Ausgabe von Aktien in der Weise, daß mehr oder minder zahlreiche Kapitalbesitzer mit bestimmt begrenztem Risiko Kapitalanteile für irgendeinen Zweck beisteuern" [1]. Läßt sich somit juristisch die Erstausgabe von Wertpapieren (bei Erstbeteiligungen die Begründung des Rechts in der Person des Zeichners und spätere Aushändigung der Urkunde) von dem Begriff Emission nicht lösen, so besteht aus wirtschaftlicher Sicht das Bedürfnis, die Plazierung der Wertpapiere im anlagesuchenden Publikum als dem wirtschaftlichen Sinn der Emission diesem Begriff ebenfalls zuzuordnen [2], zumal ihm damit vom Etymologischen her keine Gewalt angetan wird.

Auszuscheiden aus der Definition ist jedoch das Börsengeschäft. Eine Emission von Wertpapieren kann vorgenommen werden, ohne daß dieser Vorgang notwendig mit der Einführung an der Börse verbunden ist oder eine solche nach sich zieht. Umgekehrt setzt die Börseneinführung die Emission voraus. Das Börsengeschäft ist daher als selbständiges Verwertungsgeschäft anzusehen [3]. In der Praxis ist die Plazierung der Effekten im Publikum in der Regel identisch mit der Börseneinführung [4].

---

1) Weber, S.223.

2) Delorme, S.46.

3) Hintner, S.86, 88; a.A. ohne nähere Begründung offenbar Kramer, S.10.

4) Die bankrechtliche Praxis faßt den Begriff i.S. der Plazierung im Publikum auf, vgl. Bänder, S.9.

Das Emissionsgeschäft ist in Anlehnung an eine Definition Webers [1] als Rechtsgeschäft zu bezeichnen, das die erstmalige Begründung von Wertpapierrechten, die mit ihr zusammenfallende oder ihr nachfolgende Aushändigung der die Rechte verbriefenden Urkunden sowie die endgültige Plazierung der Wertpapiere zum Gegenstand hat und ferner die Aufbringung der durch diese repräsentierten Kapitalbeträge bewirkt oder vermittelt [2].

II. Zweck der Emission

Kapitalerhöhung und Emission der aus ihr hervorgegangenen Anteile sind eng miteinander verknüpft. Der mit einer Kapitalerhöhung verfolgte Zweck entspricht -aus der Sicht der Aktiengesellschaft- den Zielen, die mit der Emission der aus ihr hervorgegangenen Anteile verfolgt werden.

Besteht der gesetzliche Zweck der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in der Beseitigung des Mißverhältnisses zwischen Eigenkapital in der Form von Rücklagen und Grundkapital, so kann die Verwaltung damit weitere Nebenzwecke verfolgen: Hohes Eigenkapital, das nicht Grundkapital ist, drückt sich gewöhnlich in einem hohen Kurs der Aktien aus (entsprechend ihrem inneren Wert) [3];

---

1) S.223: "Es handelt sich dabei juristisch um ein Rechtsgeschäft, das die Aufbringung der durch Wertpapiere repräsentierten Kapitalbeträge bewirkt oder vermittelt".

2) Vgl. auch Delorme, S.47; er rechnet aber, ebenso wie Mellerowicz, aaO., noch rein technische Voraussetzungen, wie die Kreation der Urkunde, zur Emission. Es handelt sich dabei jedoch nur um Voraussetzungen, die den Emissionsvorgang i.S. einer Begebung und Plazierung vorbereiten. Die Einbeziehung dieser Voraussetzungen in den Emissionsbegriff würde eine Überspannung des Begriffs bedeuten.

3) Bondi, S.45 ff.; vgl. auch Fischer in Ehrenbergs Hdb., S.279 ff.

durch die Ausgabe der neuen Aktien kann der Kurs gesenkt werden. Daraus ergibt sich wieder eine höhere Negotiabilität der Aktie, so daß der Markt für die Titel erheblich verbreitert werden kann [1]. Auf diese Weise können hohe Dividenden auf ein für das Auge des Nichteingeweihten "normales" Maß zurückgeführt werden [2]. Durch die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln wird ferner die Haftungsgrundlage der Aktiengesellschaft vergrößert; denn die Rücklagen werden haftendes Kapital in Form des Grundkapitals.

Die Emission der Anteile aus Kapitalerhöhungsmaßnahmen gegen Einlagen verfolgt den Zweck, der Aktiengesellschaft neue Mittel zuzuführen, die als Grundkapital langfristig gebunden sind und nur im besonderen Verfahren wieder freigemacht werden können [3]. Diese Mittel können Bar- oder Sachmittel sein. Der Kapitalbedarf der Aktiengesellschaft kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Es kann eine Erweiterung des Unternehmens beabsichtigt sein, weil die Nachfrage mit dem gegenwärtigen Produktionsvolumen nicht mehr befriedigt werden kann, es kann die Erschließung neuer Märkte beabsichtigt sein. Beispielhaft können hier noch Investitionen für Forschungszwecke, Rationalisierungsmaßnahmen, Einführung neuer technischer Verfahren, zum Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes für die Erzeugnisse oder zur Aufnahme der Produktion von Zubehörteilen zu den eigenen Erzeugnissen genannt werden. Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Erwerb von Unternehmen als Beteili-

---

1) Frey, S.6.

2) Frey, S.5 f.; v. Salis, S.77.

3) Vgl. die Vorschriften über die Liquidation (§§ 262 (203) ff.), Kapitalherabsetzung (§§ 229 (175) ff.) sowie Amortisation und Ausschluß des säumigen Aktionärs (§ 64 (58)).

gung (Kooperation). Ist die Gesellschaft mit zu niedrigem Eigenkapital gegründet, kann sie mit dem Erhöhungskapital diesen Engpaß überwinden und unter Herstellung eines gesunden Verhältnisses zwischen Grund- (bzw. Eigen-) und Fremdkapital ihre geschäftliche Tätigkeit fortsetzen [1]. Ein wichtiger Fall dieser Art ist die Umwandlung einer Gläubigerforderung (aus Darlehen o.ä.) in Grundkapital [2]. Mit solcher Forderungsumwandlung wird erreicht, daß zu hohe Darlehensverbindlichkeiten und damit zu hohe Zinsverpflichtungen der Gesellschaft abgebaut werden und ihr Eigenkapital gestärkt wird [3].

Liquiditätsschwierigkeiten können durch die Neuemission aufgrund einer Kapitalerhöhung beseitigt werden. Diese Sanierungsmaßnahme ist stets mit einer vorherigen Herabsetzung des Grundkapitals verbunden [4].

Oft verfolgte Zwecke der Kapitalerhöhung gegen Einlagen und der mit ihr verbundenen Emission sind die mißbräuchlichen Zwecke der Agiotage und der Verwässerung des Grundkapitals. Junge Aktien gegen ein überhöhtes Agio auszugeben, das in keinem Verhältnis zu dem inneren Wert der Gesellschaft steht, ist bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse gehandelt werden, sehr schwer. Denn die Vermögensverhältnisse dieser Gesellschaften sind dort sehr gut bekannt. Jedoch ist es möglich, an gutgläubige Dritte Aktien zu veräußern, die gegen überbewertete Sacheinlagen gezeichnet worden sind [5]. Eine Verwässerung des Aktienka-

---

1) Vgl. v. Salis, S.75; Frey, S.5.

2) Vgl. die näheren Ausführungen oben S.113 f.

3) Mülhaupt, S.73; Deutsch, S.135; Frey, S.4.

4) Zu diesem Vorgang vgl. Fischer in Ehrenbergs Hdb., S. 284; Eyermann, S.23; Löhr, S.9 f.

5) v. Salis, S.79.

pitals (durch Schädigung der alten Aktionäre) wird dadurch erreicht, daß der Kurs der alten Aktien und damit auch der Emissionskurs der neuen gedrückt wird. Die Aktien werden dann zu einem Kurs ausgegeben -bei Ausschluß des Bezugsrechts an Dritte- der dem inneren Wert des Unternehmens nicht entspricht [1].

III. Emissionswege [2] und Emissionsarten

a) Emissionswege

Unter Emissionsweg ist der Weg zu verstehen, auf dem die Effekten an den Kapitalanleger herangetragen werden. Man unterscheidet hier den Weg der Selbstemission und den der Fremdemission.

Die Selbstemission ist die ursprüngliche Form der Emission: Der Emittent übernimmt selbst die Unterbringung der Effekten. Dieser Weg der Emission ist heute aber selten. Er ist zwar billig, hat aber verschiedene Nachteile: Der Emittent muß über ein gut ausgebildetes Vertriebssystem verfügen, um das anlagesuchende Publikum erreichen zu können, oder der Abnehmerkreis muß bekannt und überschaubar sein, so daß das Vertriebssystem nicht benötigt wird [3]. Bei Kapitalerhöhungen kann daher der Weg der Selbstemission nur dann beschritten werden, wenn eine Bank, welche die Rechtsform einer Aktiengesellschaft hat, selbst emittiert oder die neuen Aktien lediglich an wenige Großaktionäre begeben zu werden brauchen. Das ist der Fall bei Familienaktiengesellschaften, bei konzernabhängigen Unter-

---

1) v. Salis, S.80; Frey, S.7.

2) Der Begriff "Emissionsweg" findet sich bei Hintner, Wertpapierbörsen, S.84; vgl. auch Mellerowicz, S.503 ff.; Obst-Hintner, S.579.

3) Steinrücke-Scholze, S.78; Hintner, S.89; Obst-Hintner, S.573.

nehmen oder dann, wenn sich ein bestimmter Kreis von Aktionären von vornherein zur Abnahme der Aktien verpflichtet hat [1].

Aus diesen Erörterungen über die Selbstemission ergibt sich bereits das Wesen der Fremdemission. Zur Plazierung der Aktien werden die Banken mit ihrem ausgebildeten Verteilungssystem herangezogen. Dieser Emissionsweg empfiehlt sich besonders bei den großen Publikumsgesellschaften; denn es bedarf schon eines großen Organisationsaufwandes, um Aktien aus einer Kapitalerhöhung mehreren tausend Aktionären anzubieten. Zur Vereinfachung dieser Aufgabe bedienen sich die Emittenten der Banken, die über die entsprechende Organisation und das entsprechende Verteilersystem verfügen, um einen reibungslosen und erfolgreichen Ablauf der Emission zu gewährleisten.

b) Emissionsarten

Die Emissionsart bezeichnet die Form, in der der Emissionsweg beschritten wird. Man unterscheidet drei Emissionsgrundarten, deren sich die Banken bei der Emission von Effekten bedienen [2]:

1) Die Auflegung zur öffentlichen Zeichnung (Subskription),
2) den sog. freihändigen Verkauf,
3) die Aufforderung zur Bezugsrechtsausübung (Bezugsangebot).

Im Verfahren der Auflegung zur öffentlichen Zeichnung wird

---

1) Hintner, aaO.

2) Mellerowicz, Geld-, Bank- und Börsenlexikon, S.508 ff.; Steinrücke-Scholze, S.85; Hintner, S.91 ff. Im übrigen werden auch noch andere Emissionsarten unterschieden, vgl. Obst-Hintner, S.573-576; Kramer, S.15 ff.; Eckardt, S.86; Weber, S.228; Mellerowicz, S.508. Zu Recht weisen aber Steinrücke-Scholze, aaO. darauf hin, daß nur die drei o.a. Grundverfahren vorhanden sind, aus denen sich die übrigen Verfahren ableiten lassen.

das Publikum durch großangelegte Werbeaktionen zur Zeichnung von Effekten innerhalb einer bestimmten Frist bei bestimmten Zeichnungsstellen aufgefordert. Dieser Aufforderung zur Zeichnung schließen sich die Zeichnung selbst sowie die Zuteilung an die Zeichner an. Das Verfahren wird heute nur noch bei der Emission von Bundes-, Bundespost- und Bundesbahnanleihen sowie vereinzelt von Industrieobligationen angewandt [1]. Der sogenannte freihändige Verkauf läßt zwar nach seinem Wesen eine öffentliche Werbung zu, jedoch wird sie nicht in dem großen Rahmen wie bei der Subskription betrieben. Eine Frist zur Entgegennahme von Zeichnungsaufträgen wird nicht gesetzt, sondern es wird nur der erste Verkaufstag bekanntgegeben. Die Banken behalten sich für den Verkauf und die Zuteilung völlig freie Hand vor. Dieses Verfahren ist nach dem 2. Weltkrieg in Deutschland vorherrschend geworden [2].

Von diesen beiden Verfahren ist die Aufforderung zur Bezugsrechtsausübung (Bezugsangebot) als die Emissionsart bei Kapitalerhöhungen abzugrenzen (wenn das Bezugsrecht nicht materiell ausgeschlossen ist). Das den Aktionären der Gesellschaft zustehende Bezugsrecht, §§ 182, 202 (153, 169) [3] wird durch die Hauptversammlung ausgeschlossen. Die jungen Aktien werden en bloc von einer Bank oder einem Bankkonsortium übernommen (gezeichnet). Die Bank geht gegenüber der Aktiengesellschaft die Verpflichtung ein, die Aktien den alten Aktionären anteilig zum Bezug anzubieten. Diese können die Aktien beziehen oder das Bezugsrecht veräußern.

Dieses Verfahren stellt eine starke Vereinfachung in der

---

1) Steinrücke-Scholze, S.85 f.

2) Delorme, S.58; Steinrücke-Scholze, S.88.

3) Eine Sonderregelung ist für die Verschmelzung durch Aufnahme gem. § 346 Abs. 2 (240 Abs. 2) getroffen.

technischen Durchführung der Kapitalerhöhung dar. Das Aktiengesetz bestimmt, daß bei der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung der eingeforderte Betrag, mindestens jedoch 25 % des Nennwerts zuzüglich des geforderten Aufgeldes ordnungsgemäß auf ein Konto der Gesellschaft eingezahlt sein müssen [1]. Es ist ferner nachzuweisen, daß der Vorstand in der Verfügung über den eingezahlten Betrag nicht, namentlich nicht durch Gegenforderungen, beschränkt ist. Dieser Nachweis ist durch Vorlegung einer schriftlichen Bestätigung der Bank zu führen, für deren Richtigkeit die Bank der Gesellschaft verantwortlich ist, § 37 (29) Abs. 1 S.2, 3. Der Anmeldung sind die Doppelstücke der Zeichnungsscheine beizufügen, § 188 (155) Abs. 3 Ziff. 1. Würde bei einem breit gestreuten Aktienkapital jeder Aktionär sein Bezugsrecht unmittelbar ausüben, müßten die genannten Voraussetzungen in der Person jedes Aktionärs erfüllt und nachgewiesen werden. Wird dagegen das Bezugsangebotsverfahren gewählt, brauchen diese Voraussetzungen nur bei der Bank als der unmittelbaren Zeichnerin vorzuliegen.

IV. Die Beteiligten des Emissionsgeschäfts

Die Beteiligten des Emissionsverfahrens bei der Kapitalerhöhung sind die Aktiengesellschaften, Banken bzw. Bankenkonsortien und die Aktionäre (bzw. Dritte, z.B. Wandelobligationäre).

Es ist schon deutlich geworden, daß für das Emissionsverfahren bei Kapitalerhöhungen nur Aktiengesellschaften in Betracht kommen, und von diesen wiederum nur solche mit einem großen Aktionärskreis. Von den übrigen Kapitalgesell-

---

1) §§ 54 Abs. 3 (49 Abs. 2), 188 (155) Abs. 2 S.2; 188 (155) Abs. 1, 2 i.V. mit 36 (28) Abs. 2, 37 (29) Abs.1.

schaften, die eine Kapitalerhöhung durch Neuemission von Anteilen vornehmen können, kommen für das Bezugsangebotsverfahren nur die Gesellschaftstypen in Betracht, die einen großen Gesellschafterkreis haben.

Ist der Gesellschafterkreis jedoch klein gehalten, weil sich die Anteile in den Händen weniger Gesellschafter befinden, kann eine Kapitalerhöhung ohne Zwischenschaltung eines Bankinstituts vorgenommen werden [1]. Weiterhin sind an dem Verfahren die Aktionäre beteiligt. Nur in dem Fall, daß das Bezugsrecht gemäß § 183 (153) Abs. 1 auch materiell zugunsten anderer Interessenten ausgeschlossen ist (etwa der Wandelobligationäre), sind diese Dritten die aus der Kapitalerhöhung Begünstigten. Jedoch kommen auch andere Gruppen in Betracht, wenn der Kapitalbedarf aus der Erhöhung z.B. so hoch ist, daß er von den alten Aktionären nicht aufgebracht werden kann [2]. Als Beteiligte auf der Seite der Banken treten fast ausnahmslos Emissionskonsortien auf. Emissionsgeschäfte einzelner Banken sind wegen des mit der Emission verbundenen Kurs-, Liquiditäts und Erfolgsrisikos selten geworden. Diese drei Risiken [3] lassen sich wie folgt umschreiben: Das Kursrisiko besteht in der Unsicherheit der künftigen Kursentwicklung, die zu Verlusten der Banken führen kann, u.a. auch dadurch, daß die Banken zur Kursstützung verpflichtet sind.

Liquiditätsschwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn die Banken die von ihnen übernommenen Stücke innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nicht absetzen können. Die feste Übernahme der Wertpapiere ist stets mit der Übernahme des Risikos verbunden.

---

1) Vgl. z.B. §§ 55 ff. GmbHG; auch bei der KGaG, §§ 278 Abs. 3 (219 Abs. 3).

2) v. Salis, S.79.

3) Steinrücke-Scholze, S.81; Most, Die Bank, 1936, S.1322.

Ebenso ist der Erfolg der Emission unsicher. U.U. setzt die Bank bei einem Mißerfolg ihren Emissionskredit aufs Spiel.

Die Art des Konsortiums richtet sich nach dem Inhalt der im Hinblick auf die Emission getroffenen Vereinbarungen [1].

Das Übernahmekonsortium

Es übernimmt neuemittierte Wertpapiere von der Ausstellerin gegen Zahlung des Emissionspreises. Es behält die Papiere für die vertraglich festgelegte Zeit. Der Emissionsvorgang kann damit abgeschlossen sein, weil an eine weitere Veräußerung nicht gedacht ist. Das Übernahmekonsortium kann aber auch befugt sein, ein Begebungskonsortium mit der Weiterbegebung der Effekten zu beauftragen.

Das Begebungskonsortium

Dem Begebungskonsortium fällt im Vergleich zu dem Übernahmekonsortium gerade die gegenteilige Aufgabe zu: Sein Zweck besteht darin, Effekten für einen anderen in den Verkehr zu bringen. Diese Form ist angebracht in den Fällen, in denen die Banken wegen des geringen Ansehens des Emittenten oder der schlechten Kapitalmarktsituation kein Risiko übernehmen wollen oder eine feste Übernahme kraft Gesetzes nicht möglich ist [2]. Ferner ist sie (wegen der geringen Kosten) dann angebracht, wenn zu erwarten ist, daß die Anteile ohne Schwierigkeiten abgesetzt werden können und somit die Übernahme des Risikos durch ein Konsortium nicht erforderlich erscheint.

---

1) Vgl. zu dem folgenden Steinrücke-Scholze, S.79 ff.; Mellerowicz, S.505 ff.; Düringer-Hachenburg-Geiler, Allg. Einl. Anm. 339 ff.; Staub-Pinner Anhang zu § 342 HGB; grundlegend Sydow, ZHR 19, 427 (436 ff.).

2) Steinrücke-Scholze, S.80.

Als reine Begebungskonsortien werden hin und wieder auch diejenigen bezeichnet, bei denen die Emissionsbank die Emissionsstücke fest zeichnet oder für eigene Rechnung von Dritten übernimmt, um sodann ein Begebungskonsortium mit anderen Banken zu bilden [1]. Jedoch sind dies streng genommen keine Begebungskonsortien, da die eigentliche Begebung nur in den Händen der Konsortialleiterin liegt, während bei einem Mißerfolg der Emission die Konsorten die verbleibenden Stücke abzunehmen haben [2].

Das kombinierte Übernahme- und Begebungskonsortium

Das Wesen dieses Konsortiums besteht darin, daß die zu emittierenden Wertpapiere fest (für eigene Rechnung) übernommen und sodann im Publikum plaziert werden. Dieses Konsortium hat sich aus dem Begebungskonsortium entwickelt. Es kommt heute am häufigsten vor.

Entsprechend dem Wesen des Bezugsangebots [3] herrscht bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen das kombinierte Übernahme- und Begebungskonsortium vor [4]. Das Konsortium zeichnet also die Aktien im eigenen Namen und übernimmt sie für eigene Rechnung, um sie dann im eigenen Namen und für eigene Rechnung weiterzuveräußern. Der Grund ist, daß nicht immer feststeht, ob die Aktionäre die jungen Aktien in vollem Umfang beziehen. Der Erfolg der Kapitalerhöhung wäre meist in Frage gestellt. Mit der festen Übernahme der Aktien durch das Konsortium wird diese Schwierigkeit umgangen. Das Risiko, daß die Kapitalerhöhung scheitert, wird für die Aktiengesellschaft beschränkt auf die Fälle des

---

1) Geiler bei Düringer-Hachenburg, Allg. Eil. Anm. 341.

2) Steinrücke-Scholze, S.80 f.

3) Vgl. oben S.24 d.A.

4) Diese Konstruktion ist nicht anwendbar bei der Verschmelzung durch Aufnahme sowie der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Hier ist nur die Form des Begebungskonsortiums möglich und nötig, das zur reinen Verteilerstelle (da die Rechte bereits in der Person der Aktionäre bestehen) wird.

Eintritts der sog. "Krisenklausel", durch die sich das Konsortium den Rücktritt vom Emissionsgeschäft bei Gefährdung des Geschäfts durch den Eintritt unvorhergesehener Ereignisse wirtschaftlicher oder politischer Art vorbehält [1].

V. Die Rechtsnatur des Konsortiums

Die Emissionskonsortien waren vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches als besonderer Gesellschaftstyp im AGHGB geregelt [2]. Heute gelten sie als Gesellschaften des bürgerlichen Rechts [3]. Die Vorschriften für diesen Gesellschaftstyp enthalten nur wenige zwingender Natur (§ 705 BGB). Aufgrund der Flexibilität dieser Rechtsvorschriften kann durch eine abweichende Regelung in den Konsortialverträgen eine Anpassung der Gesellschaftsform an die Erfordernisse des Emissionsgeschäfts erreicht werden [4].

Der Konsortialvertrag wird von den an dem Konsortium interessierten Banken durch Briefwechsel geschlossen. Von dieser Regelung des Innenverhältnisses ist der zwischen dem Konsortium und dem Emittenten abgeschlossene Außenvertrag zu unterscheiden. Der Konsortialvertrag kommt heute nur noch in der Form des Einheitskonsortialvertrages vor, in dem alle Beteiligten als gleichberechtigt eine gemeinsame Gesellschaft bilden [5]. Es werden hauptsächlich folgende Punkte geregelt [6]:

---

1) Steinrücke-Scholze, S.82, 151.

2) §§ 266-270 ADHGB.

3) Staub-Pinner, Anm. 2 Anhang zu § 342; Geiler, aaO. Anm. 326; Steinrücke-Scholze, S.15 ff.; Mellerowicz, S.504.

4) Steinrücke-Scholze, S.17 ff.; Mellerowicz, S.504.

5) Mellerowicz, S.504; Steinrücke-Scholze, S.19 f.

6) Vgl. dazu Steinrücke-Scholze, S.20 ff.; Staub-Pinner, aaO. Anm. 7; Geiler, aaO. Anm. 344 ff.

Der Zweck der Konsortialbildung wird umrissen, die Namen der Mitglieder werden in den Vertrag aufgenommen. Wesentlich ist die genaue Begrenzung der von den einzelnen Konsorten zu übernehmenden Quoten (Konsortialanteile). Der Ausschluß des Gesamthands- oder Bruchteilseigentums ist wegen der sich anderenfalls ergebenden Auseinandersetzungsschwierigkeiten ständiger Bestandteil der Verträge. Statt dessen wird Alleineigentum der Konsorten im Verhältnis ihrer Quoten vereinbart. Wird diese Regelung jedoch nicht getroffen, so ist dennoch von ihr auszugehen; denn sie ergibt sich aus der stillschweigenden Übung bei der Bildung von Bankkonsortien [1].

Fehlbeträge aus dem Emissionsgeschäft werden nach der Regelung des § 738 BGB abgedeckt: Die Konsorten haben dafür in dem Verhältnis aufzukommen, in dem sie vereinbarungsgemäß den Verlust zu tragen haben, also nach Quoten.

Im Übernahmevertrag (Außenvertrag) wird vereinbart, daß die Konsorten zwar mit ihrem gesamten Vermögen, jedoch nur nach Maßgabe ihrer Konsortialanteile haften [2]. Diese Regelung entspricht der Vorstellung der Konsorten, das Geschäftsrisiko auf die Beteiligung zu beschränken.

Zu unterscheiden sind die sog. Außen- und Innenkonsortien. Die Außenkonsortien treten als solche nach außen auf; es besteht eine unmittelbare Stellvertretung (§ 164 BGB). Bei den sog. Innenkonsortien finden wir nur eine mittel-

---

1) Steinrücke-Scholze, S.22; Koeppel, BA 1929/30, S.93 und das dort zit. Gutachten der Industrie- und Handelskammer; abstellend auf den Einzelfall: Geiler, aaO. Anm. 353; Staub-Pinner, aaO. Anm. 2; beide unter Berufung auf die Rspr. des RG 56, 206 (210); Gruchots Beitr. 48, 1039 (1045).

2) Geiler, Allg. Einl. Anhang Anm. 351.

bare Stellvertretung vor: Die Konsorten handeln im eigenen Namen, aber für gemeinsame Rechnung.

Die Regel bilden heute die Außenkonsortien; denn da hier alle Konsorten in Erscheinung treten, ist das Gewicht entsprechend der konzentrierten Macht stärker als bei Einzelbanken.

Anzutreffen sind auch noch sog. "Unterkonsortien" [1]. Hier wird ein besonderes Konsortialverhältnis zwischen einem Mitglied des Konsortiums und einer außenstehenden Bank eingegangen. Zwischen der Bank und dem Konsortium bestehen keine Rechtsbeziehungen.

§ 4: Die Veränderung des Grundkapitals durch die Kapitalerhöhung

Eine Kapitalerhöhung bringt stets eine Veränderung des Grundkapitals mit sich. Die Art der Veränderungen soll nachstehend im einzelnen festgestellt werden. Das setzt eine Erörterung von Begriff und Wesen des Grundkapitals sowie seiner Funktionen voraus.

I. Der Begriff des Grundkapitals

Das Aktiengesetz gibt keine Definition des Begriffs "Grundkapital". Es bringt diesen Begriff in verschiedenen aktienrechtlichen Vorschriften lediglich in Zusammenhang mit einer bestimmten Funktion. So ist davon die Rede, daß das Grundkapital in Aktien zerlegt wird (§§ 1, 6) [2], daß die Gesellschafter mit Einlagen auf das Grundkapital beteiligt

---

1) Mellerowicz, S.505; Steinrücke-Scholze, S.31 f.; Geiler, aaO. Anm. 364.

2) Vgl. auch § 196 (153) Abs. 1: "Anteil an dem bisherigen Grundkapital".

sind (§ 1 AktG 1937) [1]. Die Höhe des Grundkapitals muß in der Satzung enthalten sein, § 21 (16) Abs. 3 Ziff. 3. Dementsprechend muß der Kapitalerhöhungsbeschluß den Mindest- oder Höchstbetrag angeben, um den das Grundkapital erhöht werden soll [2]. Nach ausdrücklicher Bestimmung ist das Grundkapital auf die Passivseite der Jahresbilanz einzustellen, § 151 Abs. 1 (§ 131 B I).

In Anlehnung an diese gesetzlichen Bestimmungen werden verschiedene Begriffsdeutungen des Grundkapitals gegeben. So wird das Grundkapital als Rechengröße, Ziffer oder fiktive Ziffer bezeichnet [3]. Ferner nennt man es das Kapital, das mindestens eingelegt oder aufgebracht werden muß [4]. Diese Begriffsdeutungen lassen sich, je nach dem Gehalt, den sie ausdrücken, in eine formelle und eine materielle Gruppe aufteilen [5]. Zuweilen trifft man auch auf Kombinationen beider Gruppen, etwa der Art, das Grundkapital stelle als fiktive Ziffer den Mindestbetrag des Anfangsvermögens dar [6].

---

1) Vgl. auch § 183 (150) Abs. 1 (Einlagen auf das Grundkapital); ebenso § 60 (53) Abs. 2 S.1; § 61 (55); § 151 Abs. 1 I (131 A I); § 184 (151) Abs. 2.

2) Vgl. zur Erhöhung des Grundkapitals §§ 182 (149) Abs. 1; 184 (151) Abs. 1, 185 (152) Abs. 1 Ziff. 1, 4; Abs. 3; 187 (154) Abs. 2; 188 (155) Abs. 1; 192 (159) Abs. 1; 202 (169) Abs. 1.

3) v. Salis, S.1; Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk. § 1 Anm. 5; Würdinger § 6 I, II; (Aktienrecht § 5 I 1), Rauch, Kapitalerhöhung, S.2 f.; Staub-Pinner, § 178 Anm. 20; Düringer-Hachenburg, § 178 Anm. 3; Müller-Erzbach, Dt. HR, Kap. 62 (S.308).

4) Ritter, § 1 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 1 Anm. 13 (12. Aufl. § 1 Anm. 3); als Grundsatz auch Schlegelberger-Quassowski, § 6 Anm. 2; vgl. auch K. Wieland, II, S. 17 (Sollbetrag des Reinvermögens der Gesellschaft).

5) Lutter, S.46 ff.

6) Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk., § 1 Anm. 5; Würdinger, Aktienrecht, § 5 I 1; vgl. auch die Kombination bei Brodmann, § 182 Anm. 11a: "Das Grundkapital ist der in Aktien zerlegte Wertbetrag des von den Aktionären eingelegten Grundvermögens der Gesellschaft".

Alle diese Deutungen werden jedoch dem Wesen des Grundkapitals nicht oder nur unvollkommen gerecht. Sie zeigen lediglich, daß es schwierig ist, eine alle Wesensmerkmale umfassende Definition entsprechend der im Gesetz enthaltenen Wertung dieses Begriffs zu finden [1]. Das Wesen des Grundkapitals läßt sich aber nicht nur negativ umreißen [2], sondern es ergibt sich aus den Funktionen, die das Gesetz ihm beigelegt hat. Eine Begriffsdeutung müßte also die Funktionen [3] aufzählen. Das begegnet aber bei der Vielfalt der Funktionselemente, die ausdrücklich aufgeführt sind oder an Hand gesetzlicher Wertungen mittelbar Ausdruck gefunden haben, erheblichen Schwierigkeiten [4].

II. Die Funktionen des Grundkapitals

Das Grundkapital ist das Aufbauelement der Aktiengesellschaft schlechthin. Konstruktion und Organisation der Aktiengesellschaft sind ohne diesen Begriff nicht denkbar [5]. Es ist, da es in vielen Fällen die einzige Grundlage der Gesellschaft darstellt [6], das Grundelement der Gesellschaft, das formell und materiell Ent- und Fortbestehungsvoraussetzung für die Aktiengesellschaft als juristische Person ist [7].

---

1) Schlegelberger-Quassowski, § 6 Anm. 2.

2) Schlegelberger-Quassowski, aaO.

3) Vgl. dazu die begriffliche Weite der Definition bei Lehmann I, S.158, 134.

4) Dieser Weg der Funktionsumschreibung wird letztlich auch gewählt, weil man die Enge und Unzulänglichkeit jeglicher Begriffsdefinition erkennt, vgl. Teichmann-Koehler, § 1 Anm. 4 f.; Schlegelberger-Quassowski, § 6 Anm. 2 ff.

5) Lutter, S.51; Georgakopoulos, S.128 (§ 17 I 1); auch Lehmann, § 13 S.158.

6) Kronstein, Die abhängige juristische Person, S.64 ff., S.70.

7) Lutter, S.51.

Die im Gesetz ausgedrückten Funktionselemente lassen sich in verschiedene Funktionskreise aufteilen: Die Garantie- oder Haftungsfunktion, die Vermögensfunktion sowie die Funktion der Beteiligungsermittlung.

a) Die Garantie- oder Haftungs- und die Vermögensfunktion

Allgemein anerkannt ist die sogenannte Garantiefunktion des Grundkapitals [1]. In dieser Funktion bindet es sowohl bei der Entstehung als auch für die Zeit nach der Entstehung Vermögen der Gesellschaft im Interesse der Gläubigerbefriedigung. Insoweit stellt es tatsächlich eine fiktive Größe dar [2]. Das Gesetz strebt aber an, daß der tatsächliche Wert der Ziffer entspricht [3]. Es sucht dies durch Vorschriften zu erreichen, die weitgehend sichern sollen, daß das Grundkapital vollkommen aufgebracht und erhalten wird. Zwar kann die Gesellschaft einen Gesellschafter ausschließen, jedoch nur, wenn der eingeforderte Betrag nicht aufgebracht wird, § 60 (53). Dabei geht das Bestreben des Gesetzes dahin, die Aufbringung des Grundkapitals dadurch zu gewährleisten, daß einmal weitgehende Haftungsvorschriften aufgestellt werden, zum anderen die Möglichkeit eingeräumt wird, die Anteilsrechte zu verwerten (§ 65 (59)). Die Sicherung des Grundkapitals liegt zum Beispiel auch in der Bestimmung, daß die Einlagen nicht zurückgezahlt werden dürfen. Die Aktionäre haben lediglich einen Anspruch auf den Reingewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, § 57 (52). Ein solcher Reingewinn kann nur dann vorliegen,

---

1) Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk., § 1 Anm. 5; v. Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 1[4] (2. Aufl. § 6 Anm. 1); Schlegelberger-Quassowski, § 6 Anm. 3; Würdinger, § 6 II (Aktienrecht § 6); Müller-Erzbach, S.308; K. Wieland II, S.21 ff.; v. Salis, S.2 f.

2) Rauch, S.4 ff.

3) K. Wieland, S.22 Ziff. 1; Schmidt/Meyer-Landrut, § 1 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski, § 6 Anm. 3.

wenn das Reinvermögen der Gesellschaft das Grundkapital übersteigt. Wenn das Gesetz auch nicht verhindern kann, daß das Grundkapital infolge schlechter Geschäftsergebnisse (Geschäftsführung) unter die Garantiesumme fällt, so verhindert es doch, daß dieser Erfolg durch eine Ausschüttung an die Aktionäre eintritt [1].

Der Garantiefunktion des Grundkapitals dienen weitere Kautelen: Ein Austritt des Aktionärs aus der Gesellschaft ist nicht möglich. Lediglich eine Amortisation unter Beachtung gewisser Sicherheitsvorschriften ist zulässig, §§ 237 ff. (192 ff.). Die Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals vervollständigen dieses Bild, §§ 229 (175) ff.: Eine Herabsetzung darf nur unter Beachtung bestimmter gesetzlicher Vorschriften durchgeführt werden.

Die Garantiefunktion weist noch auf andere Funktionen hin, die mit ihr in engem Zusammenhang stehen:

Die Vorsorgefunktion für künftige Kreditaufnahmen [2]: Weist eine Aktiengesellschaft ein hohes Eigenkapital aus, so hat sie einen entsprechend hohen Verschuldungsspielraum. Sie ist damit im Gegensatz zu einer mit geringem Grundkapital ausgestatteten Aktiengesellschaft in der Lage, bei Wahrung der entsprechenden Relation zwischen Eigen- und Fremdkapital die Finanzierung in dem für ihr weiteres Wachstum oder zur Überwindung von Liquiditätsschwierigkeiten erforderlichen Maße durch Aufnahme von Fremdkapital

---

1) Schlegelberger-Quassowski, § 6 Anm. 3; hier greifen nur gewisse Schutzvorkehrungen ein: Bildung gesetzlicher und freier Rücklagen, Rechnungslegungs- und -prüfungsvorschriften, Pflicht des Vorstandes zur Einberufung der Hauptversammlung, wenn der Verlust der Hälfte des Grundkapitals droht, Beantragung des Konkursverfahrens bei Überschuldung etc.

2) Mülhaupt, S.70, 72; Deutsch, S.27; Lutter, S.40 f. und v. Salis, S.32 bezeichnen sie als "Kreditfunktion".

auszuweiten [1]. Der Gesetzgeber ging davon aus, daß die juristische Person im Gegensatz zu natürlichen Personen keine natürliche Kreditfähigkeit besitzt. Hier war ein Ausgleich zu schaffen, der bei einer juristischen Person nur in der Unterstellung eigener vermögenswerter Gegenstände unter eine Haftung bestehen konnte. Diese Funktion darf jedoch nicht überbewertet werden, da für die Kreditfähigkeit der Aktiengesellschaft noch andere Faktoren eine erhebliche Rolle spielen: Die persönlichen Momente der Rechtschaffenheit und Tüchtigkeit zählen nicht nur beim Einzelkaufmann, sondern auch bei der Verwaltung einer Aktiengesellschaft [2]. Erfolgsaussichten (Ertragswert) des Unternehmens und Substanz des Vermögens sind die bedeutendsten Kreditfaktoren einer Gesellschaft [3].

Die Werbe- oder akquisitorische Funktion:
Wird das Eigenkapital einer Gesellschaft erhöht und damit eine Verbesserung der Relation zwischen Eigen- und Fremdkapital oder zwischen Eigenkapital und Anlagevermögen herbeigeführt, führt das zu einer Verbesserung des Finanzierungsbildes der Gesellschaft. Da das Unternehmen auf diese Weise seine finanzielle Situation festigt, gewinnt es Außenstehenden, insbesondere potentiellen Kunden und Auftraggebern gegenüber an Vertrauenswürdigkeit. Das kann sich auf die Anbahnung von Geschäftsbeziehungen äußerst positiv auswirken [4].

Die Existenzsicherungsfunktion:
Das Eigenkapital der Gesellschaft kann auch über die Vorsorgefunktion hinaus dazu bestimmt sein, um Risiken, die

---

1) Mülhaupt, S.70, 72.
2) v. Salis, S.32 f.
3) v. Salis, aaO.
4) Mülhaupt, S.70, 72.

im Zuge der Marktentwicklung auf die Gesellschaft zukommen können, abzuwenden und somit seine weitere Existenz sicherzustellen [1].

Vermögensfunktion:

Das Grundkapital ist aber trotz seiner Bedeutung als Haftungsgrundlage ebenfalls Betriebskapital der Aktiengesellschaft [2]. Es stellt einen Teil des Fonds von Kaufkraft dar, welcher der Gesellschaft "in Geld ausgedrückte, abstrakte, nach rechtlichen Gesichtspunkten .... an das Unternehmen gegliederte Verfügungsmacht über die durch die Aktiven repräsentierten Investitionen gewährt" [3]. Als investitionsbedingtes Betriebskapital ist es Finanzierungsmittel für die Investitionen, welche die Gesellschaft entsprechend ihrem langfristigen Bedarf in die von ihr benötigten Vermögenswerte vorzunehmen hat [4]. Schließlich ist das Grundkapital in dieser Funktion auch die "Ausgangsbasis für die inner- und zwischenbetrieblichen Leistungs- und Finanzabläufe, in deren Folge sich die Investitionen refinanzieren und regenerieren". Die von der Gesellschaft mit Hilfe des Grundkapitals vorgenommenen Investitionen werden wieder zu Geld, das erneut zum Zwecke der Investition verwendet wird, um die Leistungskapazität der Gesellschaft zu erhalten oder auszuweiten [5].

---

1) Vgl. dazu Mülhaupt, S.72 (insbes. Fn. 102); s. auch Deutsch, S.27.

2) Lutter, S.51; Georgakopoulos, § 17 Ziff. 2 (S.128 f.); Schumpeter, S.178; dem Sinne nach ebenfalls v. Salis, S.2.

3) Deutsch, S.27; vgl. auch Georgakopoulos, S.129; Schmalenbach, Kapital, Kredit und Zins, S.1 ff.

4) Deutsch, S.27; Mülhaupt, S.70, 72.

5) Deutsch, S.27.

b) Die Funktion der Beteiligungsermittlung

Das Grundkapital der Aktiengesellschaft ist in Aktien zu zerlegen (§ 6 Abs. 1). Die Aktie stellt also einen Anteil am Grundkapital dar (Quote des Grundkapitals) [1]. Sie ist auf einen bestimmten Betrag als Mindestbetrag gesetzlich festgelegt und somit als Summenaktie (im Gegensatz zu der als bloßer Bruchteil des Unternehmungsvermögens erscheinenden Quotenaktie) anzusehen.

In dem Begriff "Aktie" kommt noch ein zweites Moment zum Ausdruck: Sie beinhaltet die durch die Übernahme des Grundkapitalanteiles erworbene rechtliche Stellung des Inhabers, das Aktienrecht als Anteilsrecht. Dieses Recht wurde bisher durch die Formulierung des Gesetzes, der Gesellschafter der Aktiengesellschaft sei mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital an dieser beteiligt, zum Ausdruck gebracht (§ 1 AktG 1937) [2]. Mit der Stellung als Mitglied der Gesellschaft sind bestimmte, vom Gesetz im einzelnen festgelegte Rechte verbunden. Indem nun das Gesetz diese aus der Mitgliedschaft hervorgehenden Rechte in Beziehung zu dem Anteilsrecht (am Grundkapital) setzt, wird eine weitere Funktion des Grundkapitals sichtbar: Das Verhältnis der mitgliedschaftlichen Rechte zueinander wird in einer zahlenmäßigen Relation über das Grundkapital zum Ausdruck gebracht.

Als wichtigstes Recht dieser Art kommt für den Aktionär das Gewinnanteilsrecht in Betracht. Die Anteile an dem auszu-

---

1) K. Lehmann, S.173 (§ 17).

2) Vgl. auch § 2 AktG. 1965. - Die weitere Bedeutung der Aktie als Aktienurkunde, also die Bedeutung der Verbriefung des Anteils- und Mitgliedschaftsrechts, interessiert hier nicht weiter. Vgl. dazu Lehmann, I, S.173.

schüttenden [1] Gewinn bestimmen sich grundsätzlich [2] nach dem Verhältnis der Aktiennennbeträge, § 60 (52) Abs. 1. Weiterhin bestimmt sich der Liquidationsanteil nach dem Verhältnis des Aktiennennbetrages zu dem Grundkapital, § 271 (212) Abs. 2. Auf diesen Anteil hat der Aktionär nach der Berichtigung der Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft, soweit dann noch Vermögen vorhanden ist, einen Anspruch, § 271 (212) Abs. 1.

Außer Betracht bleiben sollen die sog. Bauzinsen nach § 57 Abs. 3 (54 Abs. 2) und sonstige, einem Aktionär in der Satzung zuerkannte vermögenswerte Rechte. Denn die Bauzinsen bemessen sich nach der Einlage, nicht nach dem Nennbetrag der übernommenen Aktien [3]. Die satzungsmäßigen Rechte hängen nicht notwendig von der Beteiligungsermittlungsfunktion ab. Sind sie jedoch so festgelegt, daß dem Grundkapital auch insoweit Maßfunktion zukommt, sind sie wie die angegebenen Vermögensrechte zu behandeln.

Das Stimmrecht (als Verwaltungsrecht) steht dem Aktionär ebenfalls nur über das Anteilsrecht am Grundkapital zu; denn jede Aktie gewährt das Stimmrecht, es wird nach Aktiennennbeträgen ausgeübt, § 134 (114) Abs. 1 S.1. Unmaßgeblich ist hier die Höhe des Nennbetrages. Sind Aktien mit verschieden hohen Nennbeträgen vorhanden, so gewährt die Aktie mit dem niedrigsten Nennwert eine Stimme, die übrigen Aktien ein entsprechendes Vielfaches [4]. Die sog. Minderheitenrechte gehören hierher; denn diese Rechte be-

---

1) Über den auszuschüttenden Gewinn entscheidet gemäß § 174 (126) die Hauptversammlung, die allerdings an den Jahresabschluß gebunden ist.

2) Auf die besondere Regelung des Abs. 2 soll hier nicht eingegangen werden.

3) Fischer in Grossk., § 54 Anm. 15.

4) Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk., § 114 Anm. 7.

stimmen sich ebenfalls nach einem prozentualen Anteil des Grundkapitals (vgl. § 142 (118) Abs. 2 S.1).

Bei einer Kapitalerhöhung steht jedem bisherigen Aktionär ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Anteil an neuen Aktien zu, § 186 (153) Abs. 1 S.1. Über die Aktie als Verkörperung eines Grundkapitalanteiles wird also auch hier die Beziehung zu einem weiteren Mitgliedschaftsrecht hergestellt. Dabei wird nur das Bezugsrecht selbst als Ausdruck der Beteiligungsermittlungsfunktion des Grundkapitals betrachtet; inwieweit dem Bezugsrecht Schutzfunktion im Hinblick auf andere Rechte zukommt, ist hier nicht Gegenstand der Erörterung.

Über die Aktie als Grundkapitalanteil und Mitgliedschaftsrecht wird auch die Beteiligung des Aktionärs am Vermögen der Gesellschaft gemessen. Grundsätzlich entspricht bei gesunder Bewertung der Nennwert des Anfangskapitals dem tatsächlichen Wert des Unternehmens [1]. Dieser ist nur dann höher, wenn die Aktien mit einem Agio ausgegeben worden sind [2]. Im Laufe der Geschäftstätigkeit des Unternehmens fallen Grundkapital und Vermögen der Gesellschaft (abzüglich der Verbindlichkeiten (Fremdkapital)) immer mehr auseinander, d.h. der Wert des Vermögens (auch hier abzüglich der Verbindlichkeiten (Fremdkapital)) wird bei Prosperität größer, bei Mißwirtschaft kleiner als die Grundkapitalziffer. Im ersteren Falle entspricht dem gewachsenen Vermögen des Unternehmens ein Wuchs des inneren Wertes der Aktie. Als Ausdruck der Beteiligung des Aktionärs am

---

1) Bondi, Rechte der Aktionäre, S.95.

2) Zum Wesen des Agios vgl. Fisch in Ehrenbergs Handbuch, S.284 sub 2. - Grundsätzlich ist von der Voraussetzung auszugehen, daß das Grundkapital der Gesellschaft ihrem Anfangskapital entspricht.

Grundkapital kann nach diesem Verhältnis der Zuwachs an Vermögen auf die einzelne Beteiligung umgelegt werden.

III. Die Auswirkungen der Kapitalerhöhung auf die Funktionen des Grundkapitals

a) Die Garantie- oder Haftungs- und die Vermögensfunktion

Die Erhöhung des Grundkapitals wirkt sich wie folgt auf die im Vorstehenden aufgeführten Funktionen des Grundkapitals aus:

Das Grundkapital als Garantiekapital wird erweitert. Das im Interesse der Gläubigerbefriedigung gebundene Vermögen der Gesellschaft erhöht sich.

Durch diese Erweiterung der Kapitalgrundlage erhöht die Gesellschaft ihren Verschuldungsspielraum, sie verschafft sich neue Mittel zur Finanzierung neuer Investitionen oder zur Verbreiterung der Geschäftsgrundlage. Das durch die Erhöhung gewonnene Kapital kann auch dazu bestimmt sein, die Gesellschaft gegen in der Marktentwicklung liegende Risiken abzusichern, einen verstärkten Einfluß auf andere Unternehmungen zu nehmen oder die Mehrheit an ihnen zu erwerben. Die Kapitalerhöhung kann sich ebenfalls auf die Werbe- und akquisitorische Wirkung des Finanzierungsbildes der Gesellschaft, wie oben dargelegt, auswirken [1].

Bei der Umwandlung einer Gläubigerforderung in eine Beteiligung im Wege der Erhöhung des Grundkapitals wird nachträglich die Fremd- zu einer Beteiligungsfinanzierung: Die wirtschaftliche (vermögensmäßige) Seite wird davon nicht

---

1) Vgl. insgesamt Mülhaupt, S.70 ff.

berührt, vermögensrechtlich wird Fremd- in Eigenkapital umgewandelt: Durch diesen Vorgang wird die bisherige Fremdforderung eingebracht [1]. Auch das Erhöhungskapital kann für den Erwerb von Anlagevermögen verwandt werden [2]. Das geschieht insbesondere bei Unternehmenserweiterungen.

In beiden Fällen der Anfangs- und Investitionsfinanzierung gewährt das Aktiengesetz die Möglichkeit, die Gegenstände statt des Finanzierungskapitals direkt einzubringen. §§ 27, 183 (20, 150). Darin liegt kein Unterschied, da sich dieser Vorgang praktisch wir ein Finanzierungsvorgang auswirkt [3].

Durch die Kapitalerhöhung wird auch der Garantiefonds der Gläubiger erweitert: Der Kapitalanteil, der der festen Bindung unterworfen wird, erhöht sich. Die Lage der Gläubiger wird also positiv beeinflußt [4].

Dementsprechend wird auch die Maßfunktion im Hinblick auf die Gewinnverteilung beeinflußt: Die Verteilung des bilanzmäßigen Gewinns eines Geschäftsjahres ist nur dann zulässig, wenn das Grundkapital auch voll erhalten ist, also ein Verlustvortrag aus früheren Jahren nicht vorhanden oder bereits abgedeckt ist [5]. Dieser strengen Bindung unterliegt nunmehr auch der Betrag, um den das Grundkapital erhöht ist.

---

1) Eine rein bilanztechnische Erklärung gibt Lutter, S. 234. Er führt aus, von der Gesellschaft werde ein Passivum genommen, das andere Aktiva neutralisierte.

2) Vgl. für den Fall des Grundkapitals Schumpeter, S.178.

3) Hax, JUS 1963, S.469 l.Sp.

4) Vgl. die Folgen S.34 f. d.A.

5) Teichmann-Koehler, § 126 Anm. 1; und nachdem die sonstigen gesetzlichen Erfordernisse aus dem Gewinn erfüllt sind, z.B. das Mindestmaß der gesetzlichen Rücklage erreicht ist.

Obwohl die Kreditfunktion des Grundkapitals nicht überschätzt werden darf, hat die Kapitalerhöhung auch Einfluß auf diese Funktion. Jedoch geht hier der Einfluß weniger von der Erhöhung der Grundkapitalsumme aus (obwohl auch das aus dem Verhältnis zum Fremdkapital gesehen geschieht), als vielmehr von der Erhöhung der Erfolgsaussichten [1].

b) Die Funktion der Beteiligungsermittlung

Jeder Aktionär als Inhaber einer Aktie ist an dem Gesamtbetrag des Grundkapitals mit einem bestimmten prozentualen Anteil beteiligt. Wird das Grundkapital erhöht, ohne daß sich dieser prozentuale Anteil des Aktionärs ebenfalls erhöht, so tritt dadurch zunächst einmal eine Verschiebung dieser Relation ein. Der Wert der Aktionärsbeteiligung verringert sich relativ.

Bestand vor der Kapitalerhöhung das Beteiligungsverhältnis $V_1 = \frac{B}{A\,1}$ [2] (B = Beteiligung, A 1 = altes Aktienkapital), so verändert es sich nach der Kapitalerhöhung wie folgt: $V_2 = \frac{B}{A\,1 + A\,2}$ (A 2 = Betrag des Erhöhungsaktienkapitals). Die Wertminderung des Beteiligungsverhältnisses ergibt sich aus der Differenz der beiden Gliederungen $V_1 - V_2 = \frac{B}{A\,1} - \frac{B}{A\,1 + A\,2}$.

aa) Da sich sowohl Gewinn-, Liquidations-, Stimm-, Vermögens- und Bezugsrechtsanteil nach dem Verhältnis der Beteiligung an dem Grundkapital bestimmen, tritt nach der

---

1) Vgl. v. Salis, S.32.

2) Die Gleichung ist von Ott, S.16 ff. übernommen.

Kapitalerhöhung eine Wertminderung bei diesen Rechten nach der obigen Gleichung ein [1].

Die Berechnung wirkt sich auch auf die Minderheitenrechte aus: Besaß vorher eine Minderheit das Grundkapital $\frac{B}{A\ 1} = \frac{10000}{100000}$, so ergibt sich, daß eine Kapitalerhöhung dieses Beteiligungsverhältnis ändert:

$$\frac{B}{A\ 1 + A\ 2} = \frac{10\ 000}{100000 + A\ 2} = \frac{1}{10 + (A\ 2 \times \frac{1}{10000})}\ .$$

Diese Wertminderung tritt als relative Verminderung im Hinblick auf die Beteiligung am Grundkapital notwendigerweise bei allen Rechten ein. Denn aufgrund der Parallelität von Beteiligung und Recht erfolgt bei deren Abhängigkeit vom Grundkapital eine Änderung der Relation, wenn sich das Grundkapital ändert.

bb) Jedoch tritt eine zweite Größe auf, von der die vermögenswerten Rechte [2] der Aktionäre abhängig sind: Das Vermögen der Aktiengesellschaft. Stimmt das Vermögen mit dem Grundkapital überein, treten keine Schwierigkeiten auf; denn eine abweichende Größe ist dann nicht vorhanden.

Wie bereits dargelegt, stellt sich aber nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit bei der Gesellschaft in der Regel eine Vermögensbildung über die Summe des Grundkapitals hinaus ein. Von der Höhe dieser Vermögensbildung hängt sodann der innere Wert der Beteiligung ab [3]. Aber auch die Höhe des

---

1) Vgl. dazu im einzelnen Ott, S.16 f., 18 f., 26 f.

2) Die Veränderung des Aktienkurses soll hier nicht erörtert werden, da die Höhe des Kurses -abgesehen von anderen, hier nicht interessierenden Faktoren- im Wesentlichen eine Folge des inneren Wertes der Aktie ist, die von den oben aufgeführten Faktoren abhängt.

3) Vgl. S.39 f. d.A.

einzelnen Liquidations- und Gewinnanteils bestimmt sich nach dem vorhandenen Vermögen [1]. Wird eine Kapitalerhöhung vorgenommen, bei der das Vermögen im Verhältnis nicht ebenso erhöht wird wie das Grundkapital (der Quotient $\frac{D\ 1}{A\ 1}$ muß dem Quotienten $\frac{D\ 2}{A\ 2}$ entsprechen; D 1 = Vermögen vor der Grundkapitalerhöhung, A 1 = Aktienkapital vor der Grundkapitalerhöhung, D 2 = Vermögen nach der Grundkapitalerhöhung, A 2 = Aktienkapital nach der Grundkapitalerhöhung) und ist das Vermögen der Gesellschaft höher als das Grundkapital, so verteilt sich das vorhandene Vermögen auf eine größere Anzahl von Aktienanteilen (bzw. auf einen größeren Grundkapitalbetrag) als vorher. Die Folge ist, daß die absolute Höhe (der innere Wert) der Vermögensbeteiligung (wie auch des Liquidations- und Gewinnanteils) vermindert wird. Ihre Entwicklung hängt also von den tatsächlichen Verhältnissen ab.

cc) Ob die absolute Höhe des Gewinnanteils erhalten bleibt, hängt ferner von der Verwendung des Erhöhungskapitals ab: Der Gewinn der Aktiengesellschaft muß nach der Kapitalerhöhung entsprechend dem Erhöhungsverhältnis zunehmen (wobei vorausgesetzt wird, daß sonstige Veränderungen, etwa in der Rücklagenbildung, ebenfalls parallel verlaufen). Nur unter diesen Umständen wird auch der Gewinnanteil absolut erhalten bleiben [2].

---

1) S. Ott, S.19 ff., 22 ff., 27.

2) Vgl. Ott, S.21 ff.

T E I L II

Das Bezugsrecht der Aktionäre; Aufgaben und Stellung der Banken im Rahmen des unmittelbaren und mittelbaren Bezugsrechts.

§ 5: Das unmittelbare Bezugsrecht

I. Die geschichtliche Entwicklung des Aktienbezugsrechts

Die Entwicklung der Kapitalerhöhung in der Gesetzgebung legt Zeugnis darüber ab, wie hoch man ihre wirtschaftliche Bedeutung für den Aktionär einschätzte.

Einen ersten Ansatzpunkt bietet die Novelle von 1884: Art. 215a Abs. 4 ADHGB bestimmte, daß eine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien vor dem Kapitalerhöhungsbeschluß der Gesellschaft gegenüber unwirksam sei. Diese Bestimmung richtete sich gegen die in den Gründerjahren eingerissene Übung bestimmter Aktionärskreise, sich bereits bei der Gründung der Gesellschaft durch vertragliche oder statutarische Vereinbarung das Recht auf den Bezug der aus einer Kapitalerhöhung stammenden Aktien zusichern zu lassen [1]. Die Innehabung dieses Rechts war Verlockung und Veranlassung zugleich zur Agiotage: Die bezugsberechtigten Aktionäre betrieben oft Kapitalerhöhungen, die nach der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens keineswegs gerechtfertigt waren, um die Aktien auf einen bestimmten Kurs bringen und sie mit Gewinn weiterveräußern zu können [2]. Es sollte nur ein Mißbrauch der Kapitalerhöhung ausgeschaltet werden; von

---

1) Kersting, S.6.

2) Kersting, aaO.

der Erkenntnis der wirtschaftlichen Bedeutung des Bezugsrechtes war man noch weit entfernt.

Auch als man später grundsätzlich den Aktionären das Bezugsrecht gewährte [1] und dieses Recht durch den Einbau bestimmter Sicherungsvorschriften zugunsten der Aktionäre soweit wie möglich zu gewährleisten suchte [2], war diese Bedeutung nur zu einem geringen Teil erkannt: Die Bestimmung wurde in erster Linie deshalb geschaffen, um den Mißbräuchen der Kapitalerhöhung zu Agiotagezwecken steuern zu können, weil sich die o.a. Bestimmung des ADHGB für diesen Zweck als nicht wirksam genug erwiesen hatte [3]. In zweiter Linie gedachte man auch der Position der Altaktionäre: "In der Tat erscheint es nur billig, daß, wenn nach der geschäftlichen Lage des Unternehmens ein Gewinn von der Veräußerung der jungen Aktien zu erwarten ist, dieser Gewinn tunlichst allen Aktionären zugute kommt" [4]. Die Schutzfunktionen, die dem Bezugsrecht objektiv innewohnen, wurden erst später im Rahmen der Diskussion um die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechts erkannt [5]. Der Schutz der Aktionäre wurde stärker ausgebaut [6]. Erst in neuerer Zeit wurden die Erkenntnisse weiter vertieft [7].

---

1) § 282 HGB von 1897.

2) Die Kapitalerhöhung bedurfte ebenso wie der Ausschluß des Bezugsrechts einer Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals, soweit der Gesellschaftsvertrag keine andere Bestimmung traf, §§ 278, 282 i.V. mit § 275 HGB.

3) Motive 1897, S.168 f.

4) Motive 1897, S.168; vgl. Goldmann (1905), § 282 Anm. 1; Lehmann-Ring, § 282 Anm. 1 (1902); Lehmann II, S. 462 (1904); RG 68, 235 (244 f.).

5) Vgl. z.B. Staub-Pinner (1933), § 282 Anm. 11 (S.746); Karo, S.19; Kersting, S.3 ff.; Stern, S.26, 30, 39; Bondi, S.95; Karger, BA 25, 475.

6) § 153 Abs. 3 AktG 1937 verlangte im Gegensatz zu § 282 HGB eine zwingende Dreiviertelmehrheit für den Ausschluß des unmittelbaren Bezugsrechts.

7) Vgl. dazu die Dissertationen von Ott, S.15 ff.; Frey, S.41 f.

Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung sind Fälle denkbar, in denen die Gesellschaft eine Kapitalerhöhung vornehmen muß, ohne die neuen Anteile den Aktionären anbieten zu können. Teilweise sind sie in gesetzlicher Form anerkannt, teilweise soll dazu die Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses dienen [1]. Damit scheint hier die gesetzliche Entwicklung ebenso wie die wissenschaftliche Diskussion zu einem vorläufigen Abschluß gekommen zu sein.

II. Begriff und rechtliches Wesen

Das Gesetz gewährt jedem Aktionär das Recht, daß ihm "auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Aktien zugeteilt" wird (§ 186 (153) Abs. 1). Diese gesetzliche Umschreibung klärt das Wesen des Bezugsrechts nicht. Eine Klärung ist vielmehr von der Rechtslehre unternommen worden.

Zu unterscheiden sind das Bezugsrecht (auch Bezugsgrundrecht [2] oder virtuelles Bezugsrecht [3] genannt) und der Bezugsanspruch (konkretes Bezugsrecht [4] oder aktuelles Bezugsrecht [5]). Das Bezugsrecht ist unentziehbar: Es ist dem Aktienrecht immanent und kann von ihm nicht gelöst werden [6]. Es enthält das allgemeine Recht des Aktionärs, im Fall der Kapitalerhöhung bei der Zuteilung

---

1) Fischer in Grossk., § 153 Anm. 1.

2) Wolff, LZ 1921, 697.

3) Ritter, § 153 Anm. 2a.

4) Bernicken, S.21 f.

5) Ritter, aaO.; zu diesen Unterscheidungen vgl. ferner die Dissertationen von Karo, S.2 ff., 11 ff.; Grundler, S.4 ff., 9 ff.; Schubring, S.8/9; Güldenstein, S.4, 8 f.; Riedel, S.19; Georgakopoulos, ZHR 120, 122.

6) H.M. vgl. statt aller Fischer in Grossk., § 153 Anm.3.

der Aktien durch die Aktiengesellschaft mit einem Anteil berücksichtigt zu werden, der im Verhältnis dem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entspricht. Es ist als ein relatives subjektives Recht, ein Rechtsinstitut anzusehen, das der Durchsetzung in dieser Form nicht fähig ist [1].

Dagegen stellt der Bezugsanspruch die konkrete Form dar, "die das grundsätzliche Bezugsrecht des Aktionärs im Falle der Kapitalerhöhung annimmt" [2]. Bis zur Stellung des Zuteilungsantrages, der Bezugserklärung, beinhaltet es lediglich die Befugnis des Aktionärs, von der Gesellschaft zu verlangen, den Aktionär zur Durchsetzung seines Anspruches in die Lage zu versetzen [3]. Erst mit Abgabe der Bezugserklärung (des Zuteilungsverlangens) entstehen konkrete Rechtsbeziehungen zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft. Die Erklärung begründet die Verpflichtung des Aktionärs, einen formgerechten Zeichnungsschein auszustellen, während die Aktiengesellschaft aufgrund des Zuteilungsverlangens gebunden ist, dem Aktionär für den Fall der Durchführung der Kapitalerhöhung junge Aktien zuzuteilen [4].

Das Bezugsrecht ist als Ausfluß der Mitgliedschaft des Aktionärs in der Gesellschaft, als Mitgliedschaftsrecht, anzusehen. Die Mitgliedschaftsrechte lassen sich aus verschiedenen Perspektiven unterscheiden [5]. Hier sollen sie

---

1) Bernicken, S.9, 21.

2) Bernicken, aaO. S.21, ihm folgend Schubring, S.8; charakterisiert wird das Bezugsrecht als Gestaltungs-, Anwartschafts- und Gläubigerrecht, vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Georgakopoulos, S. 114 ff.

3) Bernicken, aaO. S.9, 22.

4) Fischer in Grossk., § 153 Anm. 4; Bernicken, S.22.

5) Vgl. die Unterscheidungen bei Ott, S.185 ff. sowie bei Georgakopoulos, ZHR 120, 114 ff. mit den dort zit. Autoren.

unter dem Gesichtspunkt der vermögens- und verwaltungsmäßigen Funktion, wie bereits erörtert [1], betrachtet werden [2].

Der Bezugsanspruch des Aktionärs wird neuerdings überwiegend als Gläubigerrecht angesehen [3]. Es ist ein persönlicher Anspruch gegen die Gesellschaft auf Zuteilung junger Aktien, der zwar aus dem allgemeinen Mitgliedschaftsrecht hervorgegangen ist, jedoch nunmehr als von diesem gelöst und als selbständiger Anspruch angesehen werden kann [4]. Der in früherer Zeit lebhafte Streit, ob es sich hier um ein Mitgliedschafts- oder Sonderrecht handele [5], kann damit als überholt betrachtet werden [6].

Die Bezeichnung des Bezugsanspruchs als Gläubigerrecht besagt nur soviel, daß sich das Bezugsrecht als Bezugsanspruch von dem allgemeinen Mitgliedschaftsrecht gelöst hat. Dieses bleibt in der Form des Bezugsgrundrechtes vorhanden, während der Bezugsanspruch unter bestimmten Voraussetzungen selbständig durchgesetzt werden kann. Der Anspruch richtet sich, vergleichbar jedem anderen Gläubigeranspruch, gegen die Aktiengesellschaft. Er un-

---

1) S.o. S.38 ff., 43 ff. d.A.

2) Im Hinblick auf diese Funktionen soll ein Vergleich zu dem mittelbaren Bezugsrecht gezogen werden.

3) Fischer in Grossk., § 153 Anm. 3; Brodmann, § 282 Anm. 1; Grundler, S.21; Karo, S.25; a.A. Ritter, § 153 Anm. 2c (körperschaftsrechtlicher Anspruch). Ritter verwechselt hier aber Bezugsanspruch u. Anspruch aus Zeichnungsvertrag: Findet der letztere seinen Ursprung in einem körperschaftsrechtlichen Vertrag, so geht der erstere zwar aus dem Mitgliedschaftsrecht hervor, wird aber von diesem gelöst.

4) Fischer, aaO.; vgl. auch Anm. 29 zu § 52.

5) Vgl. u.a. Alsberg, S.36 f.; Steiner, S.25 ff.

6) Fischer, aaO.

terscheidet sich im Wesen dadurch, daß er nicht eine typische Leistung i.S. des § 194 Abs. 1 BGB beinhaltet, sondern auf die originäre Entstehung eines Mitgliedschaftsrechtes in der Person des Anspruchsberechtigten gerichtet ist.

Begrifflich kann das Bezugsrecht in Anlehnung an die vorangegangenen Erörterungen als das im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen durch Ausgabe neuer Anteile (Aktien) jedem bisherigen Aktionär der Aktiengesellschaft zustehende Recht angesehen werden, den Bezug eines seinem bisherigen Anteil am Grundkapital entsprechenden Anteils, gerichtet auf dessen ursprünglichen Erwerb, geltend zu machen. Die Geltendmachung des Rechtes ist suspensiv bedingt durch den Kapitalerhöhungsbeschluß [1].

III. Die Ausübung des Bezugsrechts

Das Verfahren der Bezugsrechtsausübung beginnt mit einer Veröffentlichung des Kapitalerhöhungsvorhabens durch den Vorstand in den Gesellschaftsblättern: Der im Beschluß über die Kapitalerhöhung festgesetzte Ausgabebetrag der neuen Aktien sowie die Frist (von mindestens zwei Wochen), innerhalb deren das Bezugsrecht von den Aktionären auszuüben ist, sind bekanntzumachen, § 186 (153) Abs. 2. Die Aktionäre werden damit aufgefordert, ihr Bezugsrecht innerhalb dieser Frist auszuüben. Die Frist soll der Gesellschaft rechtzeitig Gewißheit verschaffen, in welchem Umfang die Aktionäre ihr Bezugsrecht auszuüben beabsichtigen [2]. Bei deren Versäumung ist der Ak-

---

1) Vgl. Ott, S.12 ff.

2) Fischer in Grossk., § 153 Anm. 5.

tionär, wird ihm keine Nachfrist eingeräumt, von dem Bezug der Aktien ausgeschlossen. Es handelt sich also um eine Präklusionsfrist zum Schutze der Aktiengesellschaft, durch die eine zügige Durchführung der Kapitalerhöhung gewährleistet werden soll [1].

Es folgt die Bezugsrechtserklärung, die in der Regel mit der formellen Zeichnung verbunden ist. Sodann werden die neuen Anteilsrechte den Aktionären vom Vorstand zugeteilt. Da die Kapitalerhöhung erst mit der Eintragung der Durchführung wirksam wird, entstehen in diesem Augenblick die neuen Anteilsrechte [2]. Sie sind in ihrem Zustand von der Ausgabe der Anteilscheine (Aktien oder Interimscheine) unabhängig [3]. Jedoch kann der berechtigte Aktionär nach der Entstehung der Rechte deren Verbriefung und die Aushändigung der Urkunden verlangen [4].

IV. Die Stellung der Banken

Der Ursprungserwerb des unmittelbar Bezugsberechtigten läßt die Zwischenschaltung einer Bank nur als Zeichnungsstelle zu. Die Bank begibt die Aktien namens und im Auftrage der Aktiengesellschaft [5]. Zugleich tritt sie als Vermittler oder Makler auf [6]. Eine Verkaufskommission (§§ 383 ff. HGB) ist nicht denkbar; denn da sie das Eigentum der Bank an den Anteilen voraussetzen würde, läge ein Originärerwerb durch die Aktionäre nicht mehr vor.

---

1) Vgl. Motive 1897, Anm. zu § 274 (S.169).

2) Würdinger, § 31 II Ziff. 7; Fischer in Grossk., § 158 Anm. 3; bei der bedingten Kapitalerhöhung entstehen sie schon mit der Ausgabe.

3) Fischer, aaO. Anm. 5.

4) Würdinger, § 31 V 3 (Aktiengesetz § 31 IV 3).

5) Steinrücke-Scholze, S.80.

6) Steinrücke-Scholze, aaO.

Die bedingte Kapitalerhöhung setzt diesen Originärerwerb voraus. Die Banken können also gegenüber den Wandelschuldverschreibungsgläubigern nur im Namen und für Rechnung der Gesellschaft handeln.

V. Die Bedeutung in Bezug auf die Funktion der Beteiligungsermittlung

Das Bezugsrecht beinhaltet den Schutz der Aktionäre im Hinblick auf die Aktionärsrechte, die durch die Beteiligungsermittlungsfunktion des Grundkapitals gekennzeichnet sind [1]. Sie soll wegen der Bedeutung des mittelbaren Bezugsrechts besonders erörtert werden. Wird das unmittelbare Bezugsrecht ausgeübt, tritt die beschriebene Verschiebung der Relation $\frac{B}{A}$ in $\frac{B}{A\,1 + A\,2}$ [2] nicht ein, so daß der Wert der Aktionärsbeteiligung relativ erhalten bleibt [3].

a) Damit bleibt dem einzelnen Aktionär auch seine relative Stimmkraft erhalten. Da sich die Stimmkraft nach der Beteiligung am Grundkapital bemißt, wächst diese in dem gleichen Verhältnis, in dem sich die Beteiligung des Aktionärs bei der Kapitalerhöhung vermehrt. Entspricht somit das Verhältnis $\frac{B\,2}{A\,2}$ der Relation $\frac{B\,1}{A\,1}$, womit das Beteiligungsverhältnis des Aktionärs an dem Grundkapital relativ gleich geblieben ist, ist auch der sich nach dem Beteiligungsverhältnis bestimmende Stimmanteil in seiner Relation erhalten geblieben.

---

1) S.o. S.38 ff. d.A.; vgl. ferner Ott, S.29 ff.; Frey, S.41 f.; auch Kersting, § 2.

2) Vgl. oben S.39 f. d.A.

3) Vgl. insges. Ott, S.29 ff.; Frey, S.41; Kersting, § 2 (S.3).

Dasselbe trifft für das Verhältnis am Liquidations-, Vermögens- und Gewinnanteilsrecht zu, da sich diese Anteile nach der Beteiligung bemessen.

Die Auswirkung auf die Minderheitenrechte ist ebenfalls von Bedeutung. Kann eine Minderheit bei Kapitalerhöhungen ohne Bezugsrecht dieses Recht verlieren [1], so bleibt es bei Ausübung des Bezugsrechts durch die Minderheitenaktionäre erhalten.

b) Das Bezugsrecht wirkt sich auch auf den Vermögenswert der Aktie aus. Es wurde bereits festgestellt, daß sich der innere Wert der Beteiligung sowie die Höhe des Liquidations- und Vermögensanteiles nach dem gesamten Vermögen der Gesellschaft bestimmen [2]. Soll dieser Wert absolut erhalten bleiben, ist es erforderlich, daß auf die neuen Anteile ein den Nennwert übersteigender Betrag eingezahlt wird (Agio), der dem Betrag entspricht, um den vor der Kapitalerhöhung der auf die einzelne Aktie umgelegte Vermögensbetrag den auf die einzelne Aktie umgelegten Grundkapitalbetrag (Nennwert) überstieg [3]. Da aber der Ausgabebetrag der neuen Aktien gewöhnlich geringer ist als dieser Betrag, tritt eine Verminderung der obigen Werte ein [4]. Die Wertverminderung kann durch die Ausübung des Bezugsrechts kompensiert werden: Der innere Wert der neuen Aktien erhöht sich (über den Ausgabekurs

---

1) Vgl. oben S.40 d.A.

2) S.S.38 f. d.A.

3) Bondi, S.95; Fischer in Ehrenbergs Hdb., Bd. 3, 1.Abt., S.282 f.

4) Ott, S.44: Beim Gewinnanteil kann diese Wertminderung in doppelter Hinsicht auftreten: Entweder tritt eine Verringerung der Dividende sofort ein oder es werden bei Aufrechterhaltung des Dividendensatzes die Reserven vermindert, somit die zukünftigen Ertragschancen verringert.

hinaus) in dem Maße, in dem der der alten Aktien abnimmt; der Liquidationsanteil des Aktionärs nimmt um die neu eingebrachten Mittel zu, so daß, vereinigen sich die Beteiligung am alten Grundkapital und der entsprechende Anteil am neuen in einer Hand, der Liquidationsanteil auch absolut erhalten bleibt. Soll die Dividende gleich bleiben, muß der zur Ausschüttung bestimmte Betrag im gleichen Verhältnis erhöht werden wie das Grundkapital [1]. Das setzt wiederum voraus, daß die Aktiengesellschaft mit entsprechend mehr Kapital arbeiten kann [2]. Da das nicht der Fall ist (geringeres Agio), könnte auf die neuen Aktien nur ein geringerer Dividendenbetrag entfallen, soll der auf die alten auszuschüttende erhalten bleiben. Auf die jungen Aktien wird relativ gesehen der gleiche Betrag ausgeschüttet wie auf die alten. Das wiederum kann nur auf Kosten des auf die alten Aktien auszuschüttenden Betrages geschehen, der sich entsprechend verringert. Auch hier tritt eine Kompensation ein, wenn sich alte und entsprechende neue Beteiligung in einer Hand vereinigen. Ähnlich ist auch die Situation im Hinblick auf die künftigen Gewinnchancen zu beurteilen, wenn zur Erhaltung der Dividende Reserven aufgelöst werden [3]. Aber nicht nur wenn der Bezugskurs niedriger festgesetzt wird als der innere Wert der Aktien beträgt, treten diese Folgen ein, sondern auch, wenn der zu erbringende Gegenwert den Bezugskurs der Aktien nicht erreicht. Dieser Fall tritt bei der Erbringung von Sacheinlagen auf, wenn der Wert dem Nennwert oder höheren Ausgabewert der Aktien nicht entspricht. Eine Kompensation durch gesetzliches Bezugsrecht kann

---

1) Fischer, aaO.; Bondi, aaO.; Ott, S.29 ff.

2) Ott, S.24 ff., 29 ff.

3) Ott, S.44.

hier nicht auftreten, da dieses bei Sacheinlagen ausgeschlossen ist.

c) Der Gewinnanteil ist ferner von dem Gesamtgewinn der Gesellschaft abhängig. Dieser wiederum hängt davon ab, in welcher Weise die Gesellschaft die ihr zur Verfügung stehenden Geldmittel einsetzt [1]. Wird das aus der Kapitalerhöhung stammende Kapital ebenso rentabel eingesetzt wie das bisherige, muß der Gesamtgewinn der Gesellschaft relativ zunehmen. Das trägt dazu bei, die absolute Höhe der Dividende zu erhalten. Wird das aus der Kapitalerhöhung gewonnene Kapital nicht ebenso rentabel eingesetzt wie das bisherige, wächst der Gesamtgewinn nicht in dem Verhältnis, in dem das Grundkapital der Gesellschaft erhöht worden ist. Eine Kompensation durch das Bezugsrecht ist in diesem Falle nicht möglich [2].

§ 6: Das mittelbare Bezugsrecht

Das Bezugsrecht der Aktionäre kann ganz oder teilweise im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ausgeschlossen werden, § 186 (153) Abs. 3 S.1. Es liegt ein materieller Ausschluß vor, wenn außenstehende Dritte endgültig in den Genuß der neuen Aktien kommen sollen. Wird das Bezugsrecht einem Dritten (i.d.R. einem Bankenkonsortium) unter Auferlegung der Verpflichtung eingeräumt, die Aktien zu einem bestimmten Kurse den Aktionären der erhöhenden Aktiengesellschaft anzubieten, wird hingegen oft nur von einem formellen Bezugsrechtsaus-

---

1) Ott, S.25; Stricker, S.98, 102, zit. bei Ott.
2) Ott, S.44.

schluß gesprochen [1]. Den Aktionären steht dann ein sog. indirektes (mittelbares) Bezugsrecht zu.

I. Die Entwicklung des mittelbaren Bezugsrechts

In der Praxis hatte sich bald das Verfahren des sog. mittelbaren Bezugsrechts herausgebildet [2]: Die Aktien wurden von einem Dritten (gewöhnlich einer Bank) mit der Verpflichtung übernommen, sie für den Bezug durch die Aktionäre der erhöhenden Gesellschaft bereitzuhalten. Dieses Bezugsrechtsverfahren war bisher nur einmal kurze Zeit vom Gesetz für einen speziellen Fall anerkannt [3]. Es war heftig umstritten, ob es einen materiellen Ausschluß des Bezugsrechts beinhalte oder nur einen solchen formeller Art [4]. Für das geltende Recht [5] ist diese Frage im letzten Sinne entschieden worden. Über die rechtliche Natur des Vorganges ist damit nichts gesagt; seine wirtschaftliche Bedeutung ist mit der des unmittelbaren Bezugsrechtes identisch, da der Zweck des Verfahrens gerade darin besteht, den Aktionären die aus dem unmittelbaren Bezugsrecht fließenden Werte zu erhalten. Ausführliche Erörterungen über das mittelbare

---

1) Begriff bei: Entw. Begr. 1930, S.125; Bernicken, S.25 ff.; Goldschmidt, § 11 Anm. 3; v. Godin-Wilhelmi, 2. Aufl., § 153 Anm. II, 4; Hiller, S.25; Grundler, S.10 f.; Guntz, BB 59, S.655; Fischer in Grossk. § 153 Anm. 8.; Schlegelberger-Quassowski, § 153 Anm. 13.

2) Vgl. bereits Staub, 6./7. Aufl. (1900), § 282 Anm. 1.

3) § 9 Goldbilanz VO.

4) Vgl. den Meinungsstand bei Fischer in Grossk., § 153 Anm. 8.

5) Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I, S.1089) § 186 Abs. 5.

Bezugsrecht, vor allem neueren Datums, sind selten [1]. Meist werden die Probleme nur kurz in Zusammenhang mit dem unmittelbaren Bezugsrecht gestreift.

II. Der Inhalt des Hauptversammlungsbeschlusses

Der Beschluß der Hauptversammlung regelt drei Gegenstände: Den Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre, die Einräumung des vertraglichen Bezugsrechts an ein Bankenkonsortium sowie die Verpflichtung des Konsortiums, die Anteile den Aktionären der Gesellschaft zum Bezuge anzubieten.

a) Der Ausschluß des unmittelbaren Bezugsrechtes

Der Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechtes durch die Hauptversammlung kann nur mit einer Mehrheit erfolgen, die mindestens 3/4 des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals ausmacht; ferner muß die Beschlußfassung ausdrücklich fristgemäß angekündigt worden sein, § 186 (153) Abs. 3 S.2 i.V. mit § 124 (108). Diese Mehrheit ist neuerdings nicht mehr erforderlich, wenn nur der sog. "formelle" Bezugsrechtsausschluß vorliegt, § 186 Abs. 5. Im alten Aktienrecht war es umstritten, ob insoweit diese Voraussetzungen vorliegen mußten. Die Gegner dieser Ansicht stellten die im Rahmen des "unmittelbaren Bezugsrechtes" eintretende wirtschaftliche Erhaltung des Rechtes in den Mittelpunkt der Betrachtungen. Bleibe den Aktionären der wirtschaftliche Wert erhalten, könne von einem Bezugsrechtsausschluß [2] nicht mehr ge-

---

1) Vgl. etwa Wolff, Festschr. Pinner, S.656 ff. (1932); Nicolai, Diss. 1918; Flechtheim, ZBlHR 1930, 271 ff.; Guntz, BB 1959, 654 ff.

2) Mit der Folge, daß der Beschluß mit einer Dreiviertelmehrheit gefaßt und fristgemäß angekündigt werden müßte.

sprochen werden [1]. Die strengere Ansicht stellte dem das Argument entgegen, daß durch die Zwischenschaltung einer dritten Person die Sicherheit der Rechtsstellung der Aktionäre beeinträchtigt werde [2]. Zwar werde das indirekte Bezugsrecht heute nur noch über Bankenkonsortien abgewickelt, die mit Rücksicht auf die Erhaltung ihrer Emissionskredite keine unkorrekte Verhaltensweise an den Tag legten. Diese in praxi auftretende Erscheinung sei jedoch nicht durch Gebote der Rechtsordnung sanktioniert. Die rechtliche Gleichstellung des mittelbaren mit dem unmittelbaren Bezugsrecht würde aber voraussetzen, daß rechtlich eine mit gleichen Sicherheiten ausgestattete Rechtsstellung der Aktionäre im Einzelfall gewährleistet wäre. Gerade diese Feststellung könne aber in bezug auf den Einzelfall nur schwer getroffen werden [3]. Die Regelung des Regierungsentwurfs, die der strengeren Ansicht insbesondere mit Rücksicht auf den Schutz der Interessen der Kleinaktionäre gefolgt war [4], hat das neue Aktienrecht nicht übernommen. Der Ausschußbericht führt dazu aus, daß mit Rücksicht auf die Überwachung der Kreditinstitute durch die Bankaufsichtsbehörde die Stellung der Aktionäre ebenso sicher sei wie bei der Gewährung des unmittelbaren Bezugsrechts [5].

---

1) Nicolai, S.7; Schlegelberger-Quassowski, § 153 Anm. 13; Baumbach-Hueck, 12. Aufl., § 153 Anm. 4 B; Amtl. Begr. 1937, RA 1937, Nr.28; Teichmann-Koehler, § 153 Anm. 4b.

2) Guntz, BB 59, 655; Fischer in Grossk., § 153 Anm. 8; Ritter, § 153 Anm. 4a; vgl. auch v. Godin-Wilhelmi, § 153 Anm. II 5 (12. Aufl.).

3) Guntz, aaO.

4) Reg. Entwurf, § 171 Abs. 5; s. Begründung zu dieser Bestimmung.

5) Vgl. Ausschußbericht unter § 186 AktG bei Kropff, Aktiengesetz.

b) Das vertragliche Bezugsrecht der Bank, die Verpflichtung zum Bezugsangebot an die Aktionäre

Das einem Außenstehenden gewährte Bezugsrecht ist vertraglicher Natur. Es steht stets unter dem Vorbehalt des Ausschlusses des Bezugsrechts der Aktionäre, § 187 (154). Wird das Bezugsrecht im Kapitalerhöhungsbeschluß bestimmten Personen zugesichert, so ist damit zugleich das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre ausgeschlossen [1]. Die Regelung dieses Bezugsrechts unterliegt den üblichen gesetzlichen Vorschriften: Der Mindestausgabebetrag der Aktien sowie der Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien müssen festgesetzt werden. Die Hauptversammlung kann als das für die Kapitalerhöhung zuständige Organ ferner Regelungen über die Modalitäten des Bezugsrechts treffen und wird dies im Interesse der Aktionäre auch tun [2].

Kapitalerhöhungsbeschluß und Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre bilden kraft Gesetzes eine Einheit: Das Bezugsrecht kann nur im Beschluß über die Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden, § 186 (153) Abs. 3 S.1. Beseitigung des Bezugsrechts und Regelung der Unterbringung der neuen Anteile bilden hier logisch eine Einheit. Daraus ist aber nicht abzuleiten, daß der Beschluß über Kapitalerhöhung und Bezugsrechtsausschluß notwendig die Regelung enthalten muß, wem und in welcher Weise die Aktien zum Bezug anzubieten sind.

An dieser Regelung ist das sogenannte mittelbare Bezugsrecht zu messen. Es setzt sich aus der vertraglichen Zu-

---

1) Fischer in Grossk., § 154 Anm. 4; vgl. auch v. Godin-Wilhelmi, § 153 Anm. II 4 (12. Aufl.).

2) § 203 (171) bildet hierzu eine gesetzliche Ausnahme.

sicherung des unmittelbaren Bezugsrechts an ein Konsortium und dessen Verpflichtung zusammen, die neuen Anteile zu übernehmen und sie sodann den Aktionären anzubieten.

Der äußere Ablauf bei der Regelung dieses vertraglichen Bezugsrechts gestaltet sich folgendermaßen: Das Konsortium reicht noch vor dem Erhöhungsbeschluß sein Bezugsangebot ein [1]. Damit seine Bedingungen bei den von der Hauptversammlung zu treffenden Festsetzungen mit berücksichtigt werden können: Ist dieses Bezugsangebot von der Aktiengesellschaft angenommen worden, werden die Aktien gezeichnet. Die Zeichnung der Aktien geschieht im eigenen Namen und für eigene Rechnung: Die mit dem Institut des Bezugsangebots verfolgten Zwecke [2] schließen eine Tätigkeit der Banken lediglich als Zeichnungsstelle (Vertretung und Vermittlung) aus. Aus den gleichen Gründen ist bei dem mittelbaren Bezugsrecht das Handeln in Kommission (§§ 383 ff. HGB) durch die Banken nicht möglich [3].

Inwieweit können die Vorschriften über die Ausübung des direkten Bezugsrechts auf das mittelbare Bezugsrechtsverfahren angewandt werden, soweit das Konsortium die Aktien den Aktionären der Gesellschaft anzubieten verpflichtet ist?

---

1) Steinrücke-Scholze, S.149 f. (Muster).

2) Vgl. oben S.24 f. d.A.

3) Denkbar ist lediglich der Fall, daß die Bank die Aktien im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft zeichnet und sich von einem späteren Zeitpunkt an bereit erklärt, die Aktien für den Bezug durch die Aktionäre bereit zu halten. Das ist aber nur eine Zeichnungskommission. (§ 56 (51) erklärt sie nicht für nichtig, sondern knüpft Nachteile an sie). Eine spätere Verkaufskommission ist nicht denkbar, da der Zeichner bereits zuvor auf den vollen Betrag der Einlage haftet (§ 56 (51) Abs. 1 S.2). Der Verkauf kann also nur im eigenen Namen und für eigene Rechnung geschehen.

Eine Bezugsrechtsfrist kann die Hauptversammlung in ihrem Beschluß festsetzen, so daß sie zwischen Aktiengesellschaft und Konsortium vereinbart wird, vgl. § 186 Abs. 5. Diese Frist sowie den Bezugspreis der Aktien hat der Vorstand den Aktionären durch Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern bekanntzugeben, § 186 Abs. 5. Die Verpflichtung wurde auch schon vor Inkrafttreten des neuen Aktienrechtes bejaht. Zwar konnte sie nicht unmittelbar aus dem Gesetz gefolgert werden, jedoch ergab sich das aus ihrem Sinn, den Aktionären eine ausreichende Gelegenheit zur Ausübung ihres Rechts zu gewähren [1]. Um den Aktionären die Ausübung des Bezugsrechts zu sichern, sollte neben dem Konsortium auch der Vorstand die o.a. Bedingungen veröffentlichen [2].

Es folgt die Aufforderung der Bank an die Aktionäre, Aktien zu dem festgesetzten Preis zu beziehen. Das Bezugsrecht kann innerhalb der Frist ausgeübt werden (und wird es i.d.R. auch, wenn auch nur, um es zu verwerten).

Ist die Frist versäumt worden, wird gewöhnlich aus Kulanzgründen eine Nachfrist gesetzt [3]. Wird das mittelbare Bezugsrecht dann nicht ausgeübt, so verfällt es; dem Aktionär steht auch der Wert des Bezugsrechts nicht mehr zu.

Der Sinn der mittelbaren Bezugsrechtsregelung, den Aktionären den wirtschaftlichen Wert des Bezugsrechts zu erhalten, setzt eine möglichst weitgehende Übereinstim-

---

1) Motive 1897, S.321.

2) Nicolai, S.32.

3) Das entspricht der bankrechtlichen Praxis; da aber gerade die Kleinaktionäre ihre Aktien in den Depots der Banken aufbewahren, nehmen die Banken die Interessen der Aktionäre insoweit wahr (vgl. Nicolai, S.37 f.). Aus diesem Grunde kommt es kaum vor, daß die Aktionäre die Bezugsrechtsfrist versäumen.

mung des von der Bank für die einzelne Aktie eingebrachten Gegenwerts und des von dem Aktionär zu bezahlenden Preises voraus. Stimmen diese Werte vollkommen überein, so tritt ein Vermögensverlust bei der Aktiengesellschaft, der den inneren Wert der alten und neuen Aktien vermindert, nur in Höhe der an das Konsortium zu zahlenden Provision ein. Liegt hingegen der Ausgabekurs niedriger als der Kurs, zu dem das Konsortium die Aktien weiterbegibt, tritt der Verlust in Höhe dieser Differenz unmittelbar bei den Aktionären ein.

Die Wertgleichheit des unmittelbaren und mittelbaren Bezugsrechts ist folglich zu dem entscheidenden Faktor zu erheben, von der die Beantwortung der Frage abhängt, ob das sog. mittelbare Bezugsrecht einem Bezugsrechtsausschluß gleichkommt oder nicht. § 186 Abs. 5 geht bei einer Zwischenschaltung der Banken in den Emissionsverlauf davon aus, daß in diesem Verfahren kein Ausschluß des unmittelbaren Bezugsrechtes liegt. Dieser gesetzlichen Bestimmung, entwickelt an der These des "formellen Bezugsrechtsausschlusses", ist die obige Wertung immanent: Alleinige Voraussetzung für die Annahme eines mittelbaren Bezugsrechts i.S. der gesetzlichen Bestimmung ist nicht etwa, daß den Aktionären die Anteile überhaupt angeboten werden, sondern wirtschaftlich muß der Aktionär so dastehen, als ob ihm das Bezugsrecht direkt zustünde [1]. Eine solche wirtschaftliche Äquivalenz ist erreicht, wenn die Bank für ihre Bemühungen lediglich die branchenübliche Provision erhält. Dieser Betrag wird geringer sein als die Kosten, die der Gesellschaft bei einer Selbstemission zur Last fallen würden, da sich die Gesellschaft erst mit erheblichem Kostenaufwand ein entsprechendes Organisationssystem aufbauen müßte.

---

1) Baumbach-Hueck, § 186 Anm. 19.

Hat die Aktiengesellschaft die Kapitalerhöhung beschlossen, trifft sie jedoch keine Bestimmungen darüber, ob die Aktionäre die Aktien auf direktem oder indirektem Wege beziehen sollen, kann der Vorstand den Weg des indirekten Bezugsrechts wählen, wenn die genannten Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Wertgleichheit erfüllt sind. Denn dann liegt ein Ausschluß des Bezugsrechts, über den nur die Hauptversammlung beschließen könnte, nicht vor (§ 186 Abs. 5). Bei Beachtung des Gebotes der wirtschaftlichen Wertgleichheit hat der Vorstand diese Befugnis auch, wenn in dem Beschluß über die Kapitalerhöhung statt des Nennbetrages ein höherer Ausgabebetrag festgesetzt wird, wobei es lediglich erforderlich ist, daß der Mindestbetrag, unter dem die Aktien nicht ausgegeben werden sollen, angegeben wird (§ 182 (149) Abs. 3). Denn entstehen den Aktionären dadurch, daß zur Vereinfachung der Kapitalerhöhung eine Bank eingeschaltet wird, keine wirtschaftlichen Nachteile, stimmen also Bezugs- und Weiterbegebungskurs überein, so hat der Vorstand, da ein Bezugsrechtsausschluß nicht vorliegt, die gleichen Befugnisse wie bei dem direkten Bezugsrecht: Er kann die Aktien zum festgesetzten Mindestbetrag begeben, hat aber, weil nur ein Mindestbetrag bestimmt ist, die Befugnis, auch einen höheren Bezugspreis für die Aktien zu bestimmen, es sei denn, die Hauptversammlung hat auch einen Höchstbetrag festgesetzt: Dann darf auch dieser Höchstbetrag nicht überschritten werden [1].

Eine andere Beurteilung hat dann einzugreifen, wenn der Erstausgabe- im Verhältnis zum Weiterbegebungskurs niedriger oder die Leistung der Bank in der Form einer Sacheinlage zu erbringen ist. Nur die Hauptversammlung ist befugt,

---

1) Baumbach-Hueck, § 182 Anm. 3c; v. Godin-Wilhelmi, § 182 Anm. 6; Schlegelberger-Quassowski, § 149 Anm. 12; Teichmann-Koehler, § 149 Anm. 2d; Ritter, § 149 Anm. 4; Grossk., § 149 Anm. 5.

insoweit Entscheidungen zu treffen. Im ersteren Falle hat sie den höheren Weitergabekurs festzusetzen, weil eine Verschlechterung der Stellung der Aktionäre eintritt, die mit einem teilweisen materiellen Bezugsrechtsausschluß verglichen werden kann.

Selbst wenn sich der Gewinn der Bank aus diesem unterschiedlichen Bezugspreis im Rahmen einer angemessenen Provision hält, kann das Verfahren nicht anders beurteilt werden; denn da für den einzelnen Aktionär nur schwer überschaubar ist, ob die Gewinnspanne den Rahmen einer angemessenen Provision übersteigt, muß dieses Verfahren im Interesse des Rechtsschutzes der Aktionäre der Kontrolle der Hauptversammlung unterstellt werden [1].

Soll die Bank eine Sacheinlage leisten, kann ebenfalls nur die Hauptversammlung darüber befinden, ob und zu welchen Bedingungen die Anteile aus der Kapitalerhöhung für die Aktionäre bereitzuhalten sind. Ein Kapitalerhöhungsbeschluß mit dem alleinigen Inhalt, daß eine Bank gegen Leistung einer Sacheinlage die Anteile erhalten solle, würde einen Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre zugunsten eines Dritten darstellen [2], an den der Vorstand gebunden wäre. Diese Bindung kann nur durch eine weitergehende Beschlußfassung der Hauptversammlung aufgehoben werden.

III. Begriff und Rechtsnatur des mittelbaren Bezugsrechts

Das indirekte Bezugsrecht ist vertraglicher Natur. Es entspricht der zwischen der Gesellschaft und der Bank getrof-

---

1) Nicolai, S.14 bringt diese Regelungen generell unter die Zuständigkeit der Hauptversammlung; das ist insoweit verständlich, als er eine Dreiviertelmehrheit der Hauptversammlung bei der Beschlußfassung voraussetzt, also offenbar von einem materiellen Bezugsrechtsausschluß ausgeht.

2) Fischer in Grossk., § 153 Anm. 9; Schlegelberger-Quassowski, § 153 Anm. 11; Ritter, § 153 Anm. 4a; Teichmann-Koehler, § 153 Anm. 4a; Bernicken, S.52 u.a.

fenen Vereinbarung, nach der die Aktionäre berechtigt sind, von der Bank die Leistung des ihrem bisherigen Anteil am Grundkapital entsprechenden Anteiles an neuen Mitgliedschaftsrechten -soweit keine andere Regelung getroffen ist- zu verlangen. Eine unmittelbare Verbindung dieses Rechts zu dem Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs besteht also nicht; diese Verbindung ist vielmehr nur mittelbarer Natur: Die Mitgliedschaft stellt den mittelbaren Anlaß zum Erwerb des Rechts dar [1]. Der aus dem mittelbaren Bezugsrecht Berechtigte ist als Aktionär der Gesellschaft befugt, die aus dem vertraglichen Rechtsverhältnis hervorgehenden Rechte geltend zu machen. Da diesem Gläubigerrecht das in der Aktie verkörperte Mitgliedschaftsrecht zugrundeliegt und beide Rechte eng miteinander verknüpft sind, werden sie zum Teil in Anlehnung an die des § 401 BGB [2] als akzessorische Rechte der Aktie bezeichnet [3].

Dieser Ansicht kann nur bedingt zugestimmt werden. Allerdings muß man sich, um aus ihr die richtigen Rechtsfolgen ableiten zu können, über den grundsätzlichen Standort des mittelbaren Bezugsrechts als eines Nebenrechtes klar werden.

Als akzessorisches Recht ist grundsätzlich ein solches anzusehen, das zu einem anderen Recht (dem Hauptrecht) in Abhängigkeit steht. Diese Abhängigkeit kann sich aus der Natur des Rechts ergeben [4], sie kann aber auch auf der schuldrechtlichen Beziehung zwischen Zedent und

---

1) Flechtheim, ZBlHR 1930, S.272; Wolff, Festschr. Pinner, S.663; Grundler, S.13; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 179 Anm.11.

2) Wolff, aaO.; Guntz, BB 59, S.654 Fn. 7.

3) Flechtheim, aaO. S.271 ff.; Wolff, aaO.

4) Erman-Westermann, § 401 Anm. 2.

Schuldner beruhen [1]. Diese akzessorischen Rechte sollen als solche im engeren und weiteren Sinne unterschieden werden. Fallen die akzessorischen Rechte im weiteren Sinne nicht unter die Rechtsfolgen des § 401 BGB [2], so ist bei den Nebenrechten i.e.S. ebenfalls zu differenzieren: Dienen sie der Verwirklichung bzw. Sicherung der Hauptforderung [3], so gehen sie automatisch mit der abgetretenen Forderung auf den neuen Gläubiger über, § 401 BGB. Dienen sie diesem Zweck nicht [4], so ist es Frage der Auslegung des einzelnen Falles, ob ein solches Recht als mitübertragen zu gelten hat [5]. Das Bemerkenswerte an dem Hauptrecht ist, daß es sich dabei immer um eine Forderung gemäß § 398 ff. BGB handelt.

Bei dem sog. mittelbaren Bezugsrecht ist Hauptrecht das Mitgliedschaftsrecht, das in der Aktie verkörpert, also versachlicht ist. An dieses versachlichte Recht ist eine schuldrechtliche Forderung durch schuldrechtliche Vereinbarung derart angeknüpft, daß der jeweilige Inhaber der Mitgliedschaft dieses Recht auszuüben befugt ist. Diese Verknüpfung kann man insofern unter dem Begriff der Akzessorietät sehen, als die Geltendmachung des schuldrechtlichen Anspruches vertraglich von der Inhaberschaft der Mitgliedschaft abhängig gemacht worden ist. Dabei muß man sich aber vergegenwärtigen, daß es sich genau um den umgekehrten Fall der oben dargestellten Akzessorietät im

---

1) Erman-Westermann, aaO.

2) Soergel-Schmidt, § 401 Anm. 3; Erman-Westermann, aaO.; RG 89, 193; RG 91, 277.

3) Soergel-Schmidt, aaO. Anm. 2.

4) Staudinger-Werner, § 401 Anm. IV; Planck-Strohal, § 401 Anm. 1.

5) Soergel-Schmidt, aaO.; Planck-Strohal, aaO.; Oertmann, § 401 Anm. 1.

weiteren Sinne handelt. Das mittelbare Bezugsrecht ist also kein akzessorisches Recht im Sinne des § 401 BGB [1]. Demgemäß ist auch der Begriff des mittelbaren Bezugsrechts nicht identisch mit dem des unmittelbaren. Der Unterschied ergibt sich aus dem primär vertraglichen Charakter dieses Rechts, der in bezug auf die Definition des unmittelbaren Bezugsrechts [2] eine Abweichung herbeiführt. Statt des originären liegt derivativer Erwerb vor. Die Geltendmachung des Rechtes ist nicht suspensiv bedingt durch den Kapitalerhöhungsbeschluß, sondern auch durch das Zustandekommen des Bezugsrechtsvertrages zwischen Gesellschaft und Bankenkonsortium. Sowohl das direkte als auch indirekte Bezugsrecht umfaßt das Bezugsrecht im handelstechnischen Sinne [3]. Es steht stets dem Aktionär aus einer alten Aktie zu, so daß es u.U. nicht zum Bezug einer neuen Aktie ausreicht [4]. Diese Bezugsrechtsart soll hier nicht erörtert werden.

IV. Die Rechte aus der Vereinbarung und die Stellung der Bank

Die Vereinbarung über die Gewährung eines mittelbaren Bezugsrechtes wird allgemein als Vertrag zugunsten Dritter angesehen [5]. Sie wird mit sonstigen, ihrer Natur nach

---

1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 179 Anm. 11.

2) Vgl. oben S.48 f. d.A.

3) Ott, S.13; Nicolai, S.19.

4) Ott, aaO.

5) Wolff, Festschr. Pinner, S.656 ff.; Flechtheim, ZBlHR 1930, 272; Fischer in Grossk., § 153 Anm. 7; v. Godin-Wilhelmi, § 186 Anm. 10 (2. Aufl. § 153 Übersicht); Ritter, § 153 Anm. 4a; Teichmann-Koehler, § 153 Anm. 4b; Brodmann, § 282 Anm. 7a; Staub-Pinner, § 282 Anm. 11; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 179 Anm. 11; Bernicken, S.26; Heidecker, NJW 1956, 894.

ähnlichen Verträgen (z.B. Dividendengarantie- oder Verschmelzungsverträgen) in Verbindung gebracht und mit diesen typischen aktienrechtlichen Verträgen zusammen als Vertrag zugunsten der Aktionäre bezeichnet [1].

Das Wesen des Vertrages zugunsten Dritter besteht gewöhnlich darin, daß die aus einem Vertrag zu bewirkende Leistung aufgrund eines dem Gläubiger gegenüber abgegebenen Versprechens vom Schuldner nicht diesem, sondern einem Dritten erbracht wird. Man spricht daher auch von "Verträgen auf Leistung an Dritte" [2]. Diesem sog. Grund- oder Deckungsverhältnis steht i.d.R. das sog. Valuta- oder Zuwendungsverhältnis gegenüber, aufgrund dessen der Versprechensempfänger als Schuldner an den Dritten als Gläubiger eine Leistung zu erbringen hat [3]. Vollzogen wird diese doppelte Zuwendung durch die Leistung des Schuldners an den Dritten. Ihr liegt ein besonderer Zweck nicht zugrunde, vielmehr findet sie ihren Grund lediglich in dem Deckungs- und Zuwendungsverhältnis [4].

Der dem Vertrag zugunsten Dritter gewöhnlich immanente und ihn prägende Zweck, eine doppelte Leistung unnötig zu machen, ist jedoch nicht der einzige. Eine Reihe anderer Motive können zu dieser Vertragsform führen, wobei als Gestaltungsform sämtliche schuldrechtlichen Verträge möglich sind [5]. So ist z.B. von Lehre und Rechtsprechung anhand des Vertrages zugunsten Dritter das Institut des

---

1) Wolff, aaO.; Flechtheim, aaO.

2) Vgl. u.a. Staudinger-Werner, § 238 Vorbem.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte; Soergel-Schmidt, vor § 328 Anm. 12.

3) Erman-Westermann, § 328 Vorbem. 3a, b.

4) Erman-Westermann, § 328 Vorbem. 1; 3c.

5) Soergel-Schmidt, vor § 328 Anm. 15.

Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt worden [1].

Von dieser Grundlage aus, daß andere als reine Leistungsmotive mit der Folge der Leistungsbewirkung in Grund- und Zuwendungsverhältnis im Rahmen der Vorschriften des Vertrages zugunsten Dritter eine solche Vertragsform herbeiführen können, ist auch bei der Vereinbarung über das mittelbare Bezugsrecht auszugehen.

Die zwischen Gesellschaft und Konsortium zugunsten der Aktionäre getroffene Vereinbarung bezweckt zwar ganz allgemein die Leistung der aus der Kapitalerhöhung hervorgegangenen Aktien an die Aktionäre. Jedoch ist die Leistungsbewirkung nicht unmittelbarer Vertragsgegenstand in dem Sinne, daß dadurch eine Erfüllung sowohl im Deckungs- als auch Valutaverhältnis einträte. Derartige Rechtsbeziehungen sind hier gar nicht vorhanden. Die Vereinbarung ist vielmehr Gegenstand des zwischen der Gesellschaft als Schuldnerin und der Bank als Gläubiger geschlossenen Vertrages über den Bezug der zu emittierenden Aktien, die die Verpflichtung der Konsorten beinhaltet, die von ihnen bezogenen Aktien zum Erwerbe durch die Aktionäre der Gesellschaft bereitzuhalten. Die Vereinbarung als Gegenstand des Begebungsvertrages ist mit diesem zusammen lediglich aus Vereinfachungsgründen [2] getroffen worden. Es handelt sich also hier um eine Vertragsart mit Drittbegünstigung, der andere Motive als die oben genannten zugrundeliegen.

Aber nicht nur das Motiv, sondern auch der Gegenstand der Drittbegünstigung ist ein anderer. Jedoch kann zunächst nur negativ eingrenzend festgestellt werden, daß Gegen-

---

1) Vgl. Larenz, NJW 56, 1193; ders., Schuldrecht I, § 11 III.

2) Vgl. oben S.23 f. d.A.

stand der Drittbegünstigung nicht ein unmittelbar auf Leistungsbewirkung gerichtetes Recht ist. Was es positiv darstellt, ist im einzelnen umstritten [1].

Wolff [2] hat die Ansicht vertreten, das Recht auf Leistung in der Verpflichtung des Versprechenden bestehe in der Gewährung eines Vertragsangebots an den Dritten, das durch den Begünstigten angenommen werden könne. Aus dem so zwischen den Parteien zustandegekommenen Vertrag ergäben sich dann die weiteren Verpflichtungen.

Gegen diese Konstruktion Wolffs ergeben sich Bedenken. Zwar ist das Bankenkonsortium verpflichtet, die Aktionäre der Gesellschaft auf ihre sich aus der Kapitalerhöhung und der Vereinbarung über das mittelbare Bezugsrecht ergebenden Rechte hinzuweisen, und zwar unter Aufforderung, diese Rechte innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen [3]. Diese Aufforderung aber mit einem Vertragsange-

---

1) Wolff, Festschr. Pinner, S.668 ff.; KG OLGE 2, S.474 (allgemein); RG 80, 175; Georgakopoulos, ZHR 1957, (120), S.123 Fn. 144, S.116 sub a.

2) AaO. S.668 ff.; so auch die überwiegende Literatur, vgl. u.a. Bernicken, S.26; Goldschmidt, § 11 Anm. 3 (S.227); Quassowski-Susat, § 9 GBV Anm. I D; Heidecker, aaO. sub IV; Staub-Pinner, § 282 Anm. 1; Fischer in Grossk., § 153 Anm. 7; Teichmann-Koehler, § 153 Anm. 4b; Entw. Begr. 1930, S.125; unklar v. Godin-Wilhelmi, § 186 Anm. 10 (2. Aufl. § 153 Anm. 1), der einmal davon spricht, das mittelbare Bezugsrecht sei ein "Forderungsrecht", zum anderen, die Bank habe die Aktien den alten Aktionären anzubieten; ebenso Schlegelberger-Quassowski (§ 153 Anm. 13): Die Bank sei verpflichtet, die Aktien den Aktionären anzubieten; die Aktionäre könnten also unmittelbar die Zuteilung vom Konsortium verlangen. Schlegelberger-Quassowski müßten hier feststellen, daß unmittelbar die Abgabe des Angebots verlangt werden könne; ferner Bernicken, S.26; Brodmann (§ 282 Anm. 7a) umschreibt den Vorgang richtig mit der Übernahme der "Verpflichtung, den Aktionären auf Verlangen die auf ihren Aktienbesitz entfallenden Aktien zu liefern".

3) S.S.63 f.A.

bot der Bank an die Aktionäre zu identifizieren, das die Aktionäre anzunehmen haben, wenn sie ein Recht auf Leistung der Aktien geltend machen wollen, hieße der Erklärung des Konsortiums ein konstruktives Element beizufügen, das einer korrekten Auslegung widerspricht.

Auszugehen ist von der Auslegung der zwischen Gesellschaft und Konsortium getroffenen Vereinbarung zugunsten der Aktionäre. Sie ist darauf gerichtet, den Aktionären ein Recht auf den Erwerb der Aktien zu gewähren. Da die gesamten Vereinbarungen darauf hinzielen, den Aktionären eine weitgehend gesicherte Rechtsstellung zu geben, ist diejenige von mehreren möglichen Konstruktionen zu wählen, die für den Aktionär den einfachsten und schnellsten Weg darstellt, zu seinem Recht zu kommen.

Da das dem unmittelbaren Bezugsrecht immanente spezielle körperschaftsrechtliche Element des Ursprungserwerbs bei dem mittelbaren Bezugsrecht nicht mehr vorhanden ist, stellt sich die Vereinbarung zugunsten der Aktionäre als schuldrechtliche Vereinbarung dar. Diese schuldrechtliche Vereinbarung, gerichtet auf die Begründung des Rechtes der Aktionäre, Aktien zu erwerben, kann die Begründung eines Ankaufsrechts in dem Sinne beinhalten, "daß der Ankaufsberechtigte durch einseitige, formlose Erklärung in der Lage ist, ein Kaufverhältnis mit vorher vereinbartem Inhalt zustandezubringen" [1].

Da die Ausübung innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen muß, handelt es sich um ein befristetes Ankaufsrecht. Sowohl die Konstruktion des Verkaufsangebots als auch die des Ankaufsrechts lassen sich unter dem Begriff "Optionsrecht" zusammenfassen. Denn bei den Rechten, die dieser

---

1) Larenz, DB 1955, 211.

Begriff umfaßt, muß unterschieden werden zwischen Gestaltungsrechten, durch deren Ausübung allein der Berechtigte das von ihm erstrebte Rechtsverhältnis herbeiführen kann, und den Forderungsrechten, die ihn nur berechtigen, die Abgabe einer bindenden Offerte zu verlangen [1]. Das Recht, den Abschluß eines Vertrages oder die Abgabe einer Offerte zu verlangen, beruht auf einem Vorvertrage; das Recht, durch einseitige Erklärung ein Rechtsverhältnis zustandezubringen, beruht auf einem Optionsvertrage oder der Annahme einer bindenden Offerte [2].

Als Vorvertrag kann die Vereinbarung nicht charakterisiert werden; denn ein solcher beinhaltet nicht alle erst im Hauptvertrag zu regelnden Punkte [3]. Die vorliegende Vereinbarung enthält vielmehr im einzelnen alle Regelungen, die im späteren Vertrage ebenfalls enthalten sind. Da gerade das aber das Merkmal des Optionsvertrages ist, ist die Vereinbarung unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen. Hat der Aktionär sein Gestaltungsrecht ausgeübt und ist somit ein Kaufvertrag zwischen ihm und der Bank zustandegekommen, weigert sich die Bank jedoch, den Vertrag zu erfüllen, kann der Aktionär die Bank durch eine Leistungsklage zwingen, den Vertrag zu erfüllen. Enthielte die Vereinbarung zwischen Aktiengesellschaft und Bank lediglich eine Verpflichtung der Bank zur Abnahme einer Offerte an die Aktionäre, so müßten diese, um ihre Rechte durchsetzen zu können, Klage auf Abgabe eines Vertragsangebotes und sodann auf Leistung erheben, wobei beide Klagarten miteinander verbunden werden könnten.

---

1) Larenz, aaO.

2) So Larenz, aaO.; das verkennt Georgakopoulos, aaO. S.116 Fn. 116, wenn er der Ausübung des Ankaufsrechts nur die Wirkung der Abschlußpflicht des Verkäufers beimißt. Seine Option ist also ein Ankaufsrecht.

3) Larenz, § 6 III (S.75 ff.); BGH, DB 53, 124; RG 66, 116 (120); auch BGH, DB 1958, 763.

Nach der Feststellung der Rechtsnatur der Vereinbarung zugunsten der Aktionäre soll untersucht werden, inwieweit die Grundsätze des Vertrages zugunsten Dritter darauf anwendbar sind.

Zunächst ergeben sich Bedenken im Hinblick darauf, daß nicht ein bestimmter Dritter begünstigt ist, sondern der jeweilige Aktionär, also bei vinkulierten Namensaktien der in der Urkunde bezeichnete Aktionär, wenn die Gesellschaft dem Erwerb zugestimmt hat, bei Namensaktien der im Aktienbuch der Gesellschaft geführte Aktionär, bei Inhaberaktien der jeweilige Inhaber [1].

Gegen eine derartige Bestimmung der aus dem Vertrage zugunsten Dritter Begünstigten sind gelegentlich Bedenken erhoben worden, "ob ein solches der Aktie anhaftendes Recht durch Vertrag zugunsten Dritter geschaffen werden könne" [2]. Jedoch bestehen dagegen keine Einwände. Denn ebenso wie die Bestimmbarkeit der Leistung oder des Vertragsgegners [3] ausreicht, so genügt es, daß der aus dem Vertrag zugunsten Dritter Begünstigte ermittelt werden kann (Bestimmbarkeit [4]). Diese Bestimmbarkeit ist stets dann gegeben, wenn das bestimmte Recht dem jeweiligen Aktionär zusteht. Sie liegt darin, daß sich der Aktionär als solcher ausweist.

---

1) Vgl. Guntz, Die AG 1958, S.177; diese Erörterungen sind nur im Hinblick auf das unmittelbare Bezugsrecht gemacht. Sie treffen aber auch bei dem mittelbaren zu, weil es die Aktiengesellschaft von der Verpflichtung der Gewährung des direkten Bezugsrechtes befreien soll, vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 223 Anm.7.

2) Wolff, aaO. S.661; vgl. den daselbst geschilderten Fall.

3) Wolff, aaO. S.662; Erman-Westermann, § 328 Anm. 4.

4) Wolff, aaO.; Erman-Westermann, aaO.; RG Warneyer 1915 Nr. 9 (Bürgschaft), RG 106, 120 (126); RG 117, 143 (149).

Im Hinblick auf die rechtliche Konstruktion der Bestimmbarkeit bestehen jedoch Meinungsverschiedenheiten. Das Recht soll jeweils derjenige erwerben, der zur Zeit der Schaffung des Vertrages zugunsten Dritter Aktionär gewesen ist. Veräußere dieser die Aktie, so ginge dieses Recht auf den Erwerber über, wie überhaupt die akzessorischen Hilfsrechte gemäß § 401 BGB, also auch dieses Recht aus dem Vertrag zugunsten Dritter. Der Aktienerwerber erwürbe sein Recht also nicht unmittelbar aus dem Vertrag zugunsten Dritter, sondern als Rechtsnachfolger seines Vormannes [1].

Andererseits wird die Ansicht vertreten, daß bei einem Wechsel der Mitgliedschaft das Recht des bisherigen Aktionärs aus dem Vertrage zugunsten Dritter aufhöre. Gleichzeitig entstehe für den Erwerber der Aktie dieses Recht aus dem Vertrage, so daß er nicht das Recht des früheren Aktienbesitzers, sondern sein eigenes neues Recht aus dem Vertrage zugunsten Dritter erwerbe [2].

Die erstere Ansicht ist bereits an anderer Stelle abgelehnt worden [3], weil § 401 BGB auf diesen Fall der Akzessorietät eines Rechtes nicht zutrifft. Da das Recht auch nicht versachlichtes Mitgliedschaftsrecht ist, so daß es nicht mit der Aktie übertragen werden kann [4], geht der schuldrechtliche Anspruch nicht als abgeleitetes Recht auf den Aktienerwerber über. Zu folgen ist also der letzteren Ansicht. Zwar hat Flechtheim seine Ansicht konstruktiv nicht begründet; eine solche Begrün-

---

1) Wolff, S.663.

2) Flechtheim, ZBlHR 1930, 474 sub III.

3) S.o. S.66 f. d.A.

4) Flechtheim, aaO. S.472 f.; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 179 Anm. 11.

dung ist aber für den Fall des Vertrages zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers oder Inhabers eines Gewerbebetriebes bereits gegeben worden [1].

Wesentlich für das Recht aus der Vereinbarung ist ein Subjekt. Das Subjekt des Anspruches bestimmt sich nach einer bestimmten Eigenschaft [2], hier anhand der Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft. Es handelt sich also um die Begründung einer Subjektszuständigkeit durch Rechtszuständigkeit [3]. Die Bestimmungen über die Verträge zugunsten dritter Personen vermögen nur die erste Zuständigkeit des Subjekts zu begründen; eine weitergehende Zuständigkeitsbestimmung liegt nicht in ihrem Einwirkungsbereich. Somit muß nach einem anderen Weg gesucht werden, um die Übertragung des Rechtes auf den Rechtsnachfolger des Rechtsinhabers zu gewährleisten. Dieser Weg kann nur darin gefunden werden, daß der Wegfall des zuständigkeitsbestimmenden Rechts zu einer Person zur auflösenden Bedingung der Zuständigkeit erhoben wird [4]. Fällt damit das in der Person des bisherigen Mitgliedschaftsinhabers begründete Recht weg, so erfolgt der Erwerb durch den neuen Inhaber aufgrund einer neuen Einigung zu seinen Gunsten [5].

Ist diese Vereinbarung ein echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter? Ein echter Vertrag zugunsten Dritter ist stets dann gegeben, wenn dem Begünstigten ein selb-

---

1) Erman-Westermann, § 328 Anm. 4; Westermann, Grundeigentum, S.36 f.

2) Westermann, aaO.; Erman-Westermann, aaO.

3) Westermann, aaO.

4) Erman-Westermann, aaO.; Westermann, aaO. S.37.

5) Flechtheim, aaO. S.474.

ständiger Anspruch auf Geltendmachung der Leistung zusteht, unabhängig davon, ob der Versprechensempfänger den Vollzug der Leistung verlangt oder nicht. Er hat ein selbständiges Forderungsrecht.

Ob dem Dritten ein selbständiger Anspruch auf Geltendmachung der Leistung zustehen soll, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, wenn darin keine ausdrückliche Bestimmung enthalten ist. Bei dieser Auslegung sind die gesamten Umstände, vor allem der Zweck des Vertrages und die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen [1].

Für das indirekte Bezugsrecht ist die Auffassung vertreten worden, aus dem Zweck des Vertrages könne ein unmittelbarer Anspruch des begünstigten Aktionärs nicht hergeleitet werden; denn dieser Zweck ließe sich auch ohne Annahme eines unmittelbaren Rechts des Aktionärs erreichen [2]. Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen liefen hier parallel, so daß die Gesellschaft gegen die Bank auf Erfüllung klagen werde, wenn diese einmal in Frage stehe [3]. Geht man von dem Zweck des Vertrages aus, so ist dieser objektiv i.S. der typischen Aufgabe der Vertragsart zu bestimmen, ohne daß die Parteien sich der Folgen im einzelnen bewußt zu sein brauchen [4]. Aufgabe der Vereinbarung zugunsten der Aktionäre ist es, ihnen wirtschaftlich einen Wert zu sichern, der ihnen kraft Gesetzes unmittelbar zustände, wenn die Hauptversammlung keinen gegenteiligen Beschluß gefaßt hätte. Es sollen an die Stelle der den Aktionären ohne Ausschluß des Bezugsrechtes zustehenden Rechte möglichst gleichwertige Rech-

---

1) Soergel-Schmidt, § 328 Anm. 1; Erman-Westermann, § 328 Anm. 6.

2) Wolff, S.663 ff.

3) Wolff, aaO. S.665.

4) Soergel-Schmidt, aaO.; Erman-Westermann, aaO.; BGH, NJW 56, 1193.

te treten, so daß die Rechtsposition der Aktionäre keinesfalls geschwächt wird. Das würde sie aber, wäre der Aktionär davon abhängig, daß die Gesellschaft sein Recht durchsetzt, damit er in dessen Genuß kommen kann; denn bei dem unmittelbaren Bezugsrecht wäre er selbst zur Verfolgung seiner rechtlichen Interessen in der Lage gewesen [1].

Zudem kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß Gesellschaftsinteresse und Aktionärsinteresse parallel verlaufen. Soweit man Gesellschaftsinteressen, wie sie in der Hauptversammlung zum Ausdruck gekommen sind, mit denen der Gesellschaft gleichsetzt, kann man diese Ansicht vertreten. Dabei wird aber übersehen, daß die Gesellschaftsinteressen mit denen der Aktionäre nicht notwendig identisch sind, allein wenn man -unabhängig von den im Rahmen der "Theorie des Unternehmens an sich" [2] vertretenen Ansichten- berücksichtigt, daß die Interessen der Verwaltung sowie gewisser Gläubiger- und Öffentlichkeitsinteressen am Unternehmen bestehen [3]. Diese Interessendiskrepanz kann sich in allen Bereichen auswirken, insbesondere den Bereichen der Geschäftsführung. In diesen Bereich würde die Durchsetzung des mittelbaren Bezugsrechts fallen, so daß eine Wahrnehmung der Interessen der Aktionäre ohne eigenes Durchsetzungsrecht nicht notwendig gewährleistet wäre.

Eine weitere Schwierigkeit bei der Vereinbarung besteht darin, daß hier nicht das Erbringen einer dem Deckungs-

---

1) Im Ergebnis ebenso Schlegelberger-Quassowski, § 153 Anm. 13; Fischer in Grossk., § 153 Anm. 7; Teichmann-Koehler, § 153 Anm. 4b; Brodmann, § 282 Anm. 7a; Baumbach-Hueck, 12. Aufl., § 153 Anm. 4B; Guntz, BB 59, S.654 (auch Fn. 5); Riedel, S.26.

2) Im Sinne der Interpretation Haussmanns, Aktienwesen, 1928; vgl. dazu Wiethölter, S.38 ff.; Mestmäcker, S.13.

3) Vgl. zu den verschiedenen Interessen Schürmann, S.55 ff.

und Valutaverhältnis gewöhnlich zugrundeliegenden Leistung vereinbart worden ist, sondern die Bank eine Leistung gegen Barzahlung der Aktionäre zu erbringen hat. Eine solche Bestimmung statt des schlichten Erbringens einer Leistung wird allgemein für zulässig gehalten [1]. Zwar seien hier Pflichten zu übernehmen, jedoch werde damit ein Vertrag zu Lasten Dritter nicht geschaffen; denn dem Begünstigten stehe es ja frei, ob er die Rechte annehmen und damit auch Verpflichtungen auf sich nehmen wolle oder nicht [2].

Dieser Ansicht ist vorbehaltlos zuzustimmen. Wenn auch ein Vertrag zu Lasten Dritter nach der Systematik des Gesetzes nicht zulässig ist [3], so stellt die hier in Rede stehende Vereinbarung einen solchen nicht dar. Vielmehr liegt nur eine Koppelung von Recht und Pflicht vor, derart, daß die Ausübung des Rechts durch den Begünstigten zugleich eine Verpflichtung entstehen läßt.

Das rechtliche Wesen dieses Vorganges ist bereits als Ausübung eines Optionsrechts in der Form des Ankaufsrechts charakterisiert worden. Ist das Optionsrecht ausgeübt, so entsteht ein von dem Vertrag zugunsten Dritter unabhängiger Kaufvertrag, der die Verpflichtung des Konsortiums zur Lieferung der Aktien gegen Zahlung des von der Hauptversammlung oder dem Vorstand der Gesellschaft festgesetzten, vom Aktionär zu entrichtenden Preises enthält [4].

---

1) Wolff, aaO. S.668 ff.; Kohler in Zeitschr. für frz. Zivilprozeßrecht, Bd. 32, 110 ff. (zit. bei Wolff); KG OLGE 2, 474 (476) (allgemein); RG 80, 175.

2) RG, aaO. S.178.

3) H.M. statt aller vgl. Erman-Westermann, vor § 328 Anm. 4; Soergel-Schmidt, vor § 328 Anm.16 gegen Bettermann, JZ 51, 321 ff.; RG 154, 355 (361); RG 111, 166 (178).

4) Wolff, aaO. S.675; v. Gierke, DPrR Bd. III Schuldrecht S.403 Fn. 4 (allgemein); Planck, § 328 Anm. 3 (allgemein); davon geht offenbar auch Erman-Westermann, Vorbem. 3c zu § 328 aus.

Damit sind alle übrigen Konstruktionsversuche abgelehnt. Die Meinung Wolffs [1] führt zwar zu dem gleichen Ergebnis, geht aber von der unzutreffenden Voraussetzung eines Angebotes seitens der Bank als Gegenstand der Leistung i.S. der §§ 328 ff. BGB aus.

Es ist nicht möglich, die Annahme der Zuwendung mit der Genehmigung der zu übernehmenden Verpflichtungen durch den Dritten zu verbinden (§§ 182, 184 BGB) [2]. Zutreffend führt Wolff [3] dazu aus, das Wesen der Genehmigung bestehe in der Erklärung des Einverständnisses zu dem von einem anderen vorgenommenen Rechtsgeschäft. Sie sei Rechtsvoraussetzung für die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts. Das würde den Begünstigten in eine enge Beziehung zu dem Grundgeschäft bringen, die beitrittsähnlichen Charakter hätte. Das widerspräche dem Wesen des Vertrages zugunsten Dritter, nach dem der Begünstigte lediglich aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag ein Recht erwerben, nicht aber selbst Vertragspartei werden soll [4].

Aus diesem Grunde ist auch die Konstruktion eines Vertragsangebotes an den Dritten abzulehnen. Zudem würde das den Zugang der Erklärung an eine bestimmte Person voraussetzen, was gegenüber dem jeweiligen Aktionär als einer nur bestimmbaren Person nicht möglich ist [5].

---

1) AaO. S.671.

2) Offenbar ging das Reichsgericht in Bd. 80, 178 von dieser Konstruktion aus. Denn es spricht von einem Eintritt in die Pflichten.

3) AaO. S.672 f.; vgl. auch Soergel-Siebert, § 182 Anm. 2.

4) Erman-Westermann, Vorbem. 1 zu § 328.

5) Wolff, aaO. S.671; Das Ankaufsrecht dagegen setzt ein solches Angebot, das zugehen müßte, nicht voraus; denn es beruht auf einem Vertrag zwischen Gesellschaft und Bank. Der Drittbegünstigte kann dieses vertragliche Recht zu seinen Gunsten gestalten.

Möglich wäre auch noch die Verpflichtung zur Zahlung des Bezugspreises zur Bedingung des Rechtserwerbes der Anteile durch die Aktionäre zu machen [1]. Diese Konstruktion stößt aber im Hinblick auf das "mittelbare Bezugsrecht" auf erhebliche praktische Bedenken; denn obwohl hier ein Austausch von Leistung und Gegenleistung vorliegt, könnte der Aktionär, wie Wolff gezeigt hat [2], mangels eines Vertragsverhältnisses Rechte dieser Art nicht geltend machen. Diese Rechte sind zu seinem Schutze weitgehend erforderlich. Das führt dazu, das Optionsrecht als "Leistungsrecht" i.S. des § 328 Abs. 1 BGB aufzufassen.

In diesem Zusammenhang ist ferner zu untersuchen, ob dem Aktionär das ihm aus dem Vertrage zugunsten Dritter zustehende Recht ohne seine Zustimmung entzogen werden kann. § 328 Abs. 2 BGB trifft auch hier eine Regelung: In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den gesamten Umständen, insbesondere dem Zweck des Vertrages zu entnehmen, ob die Vertragsschließenden das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben befugt sind. Steht die Berechtigung des Dritten fest, das Recht unmittelbar zu fordern, oder ergibt sie sich aus dem Zweck des Vertrages, so spricht eine Vermutung für die Unabhängigkeit des Rechts [3]. Ähnlich wie bei der Feststellung des konkreten Vertragszweckes [4], ist auch hier ein Vergleich zu der Stellung des Aktionärs bei dem unmittelbaren Bezugsrecht vorzunehmen. Vor der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ist der Hauptversamm-

---

1) Vgl. die Beschreibung der Konstruktion bei Wolff, aaO. S.670; auch v. Gierke, Dt. PrR, aaO. S.403.

2) AaO. S.670 ff.

3) Wolff, aaO. S.666.

4) S.o. S.77 f. d.A.

lung das Recht zuzubilligen, den Beschluß über die Kapitalerhöhung mit der Mehrheit, mit der er gefaßt worden ist, wieder zu beseitigen [1]. Überträgt man diesen Gedanken auf das mittelbare Bezugsrecht, so darf man die Gewährung des vertraglichen Bezugsrechtes an die Bank und das Optionsrecht aus dem Vertrag zugunsten Dritter nicht trennen, sondern muß sie logisch als Einheit behandeln, die der Beschluß in eine rechtliche Einheit zusammenfaßt: Denn beide stehen in einer Wechselbeziehung derart, daß den Konsorten das Bezugsrecht nur im Hinblick darauf gewährt worden ist, um den Aktionären die Möglichkeit zu dem Erwerb der neuen Anteile zu geben. Wird dieser letzte Teil des Beschlusses beseitigt, erhält er den völlig anderen Sinn, daß die einzelnen Aktionäre leer ausgehen, während den Konsorten das Bezugsrecht materiell zustände. Denn dieser Beschlußteil könnte, da die Kapitalerhöhung bereits eingetragen ist, nicht mehr geändert werden.

Kann der Beschluß insgesamt nicht mehr beseitigt werden, mit der Folge, daß alle Aktionäre ihr Recht verlieren würden, so kann dem einzelnen Aktionär sein Recht ebenfalls nicht entzogen werden; denn das würde darüber hinaus noch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, der gerade im Aktienrecht Geltung beanspruchen kann [2], verstoßen. Soweit Wolff [3] geltend macht, besondere Umstände könnten die Hauptversammlung auch in diesem Falle zur Abänderung des Beschlusses berechtigen, sind diese bei dem mittelbaren Bezugsrecht kaum denkbar.

---

1) Teichmann-Koehler, § 149 Anm. 2d.

2) Vgl. dazu Götz Hueck, Festschr. für Nipperdey, S.433, 439 m.w.N.

3) AaO. S.668.

Aus der hier zitierten Literatur [1] ergibt sich auch, daß Wolff von Umtausch- und Dividendengarantieverträgen im Rahmen von Interessengemeinschaftsverträgen ausgeht. Die in diesen Fällen vom Vertragszweck her beurteilten Interessenlagen sind aber wesentlich anders gelagert als bei dem Bezugsrechtsvertrag [2].

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß den Aktionären das Recht aus dem Vertrag zugunsten Dritter vom Zeitpunkt des Beginnes der Durchführung der Kapitalerhöhung nicht mehr entzogen werden kann. Vor diesem Zeitpunkt kann der gesamte Kapitalerhöhungsbeschluß und damit auch das Recht der Aktionäre beseitigt werden.

V. Die Stellung der Bank bezüglich der Anteile aus der Kapitalerhöhung

Es ist bereits dargelegt worden [3], daß sich das mittelbare Bezugsrecht aus der vertraglichen Zusicherung der Aktiengesellschaft an eine Bank, das unmittelbare Bezugsrecht ausüben zu können, sowie der Verpflichtung zusammensetzt, die neuen Anteile zu übernehmen und sodann zum Bezug durch die Altaktionäre bereitzuhalten. Die Übernahme der Mitgliedschaftsrechte erfolgt durch Zeichnung der Bank im eigenen Namen und für eigene Rechnung, d.h. die Bank übt ein ihr vertraglich eingeräumtes unmittelbares Bezugsrecht aus. Sie wirkt als Zeichner unmittelbar an der Schaffung der Mitgliedschaftsrechte mit. Durch dieses "Ursprungselement" der bei der Kapitalerhöhung geschaffenen Anteilsrechte un-

---

1) S.667 Fn. 13; S.668 Fn. 14.

2) Vgl. die Ausführungen zu dem Vertragszweck der Interessengemeinschaften bei Haussmann, Festschr. für Heinitz, S.209; Friedländer, Konzernrecht, § 208 ff. (213) (Dividendengarantievertrag); ferner Flechtheim, ZBlHR 1930, 272 (sub 1).

3) Vgl. oben S. 61 ff. d.A.

terscheidet sich das Zeichnungsverfahren von dem Kauf der Aktienrechte: Die Zeichnung der Mitgliedschaftsrechte ist ein Originärerwerb, der Kauf ist der derivative entgeltliche Erwerb dieser bereits originär geschaffenen Anteilsrechte. Veräußert die Bank die Anteile an die Altaktionäre, so erwerben diese die Anteilsrechte, wie die bisherigen Ausführungen ergeben haben [1], derivativ von der Bank, die bei der Schaffung der Mitgliedschaftsrechte konstitutiv mitgewirkt und damit an ihnen die originäre Inhaberschaft erworben hat.

Mit der Übernahme der Aktienrechte durch die Bank wird die Verpflichtung verbunden, die aus der Kapitalerhöhung erworbenen Anteilsrechte zum Kauf durch die Altaktionäre der Aktiengesellschaft bereitzuhalten. Diesem mittelbaren Bezugsrecht der Altaktionäre liegt der Gedanke zugrunde, daß die Bank ein Recht -das Inhaberrecht an den aus der Kapitalerhöhung hervorgegangenen Aktienrechten- innehat, das ihr jedoch nach dem Zweck der mit der Aktiengesellschaft getroffenen Vereinbarung nicht zufließen soll, aber zufließen muß, soll der Vertrag verwirklicht werden: Dem Aktionär soll aufgrund dieser Vereinbarung ein dem unmittelbaren Bezugsrecht vergleichbarer Bezugsrechtswert erhalten bleiben. Dieses Ziel läßt sich auf eine Weise, die den Anforderungen der Praxis genügt (technische Vereinfachung, Sicherung der Durchführung der Kapitalerhöhung) nur auf dem bereits früher beschriebenen Wege [2] erreichen.

Mit Rücksicht auf diese "überschießende Rechtsmacht" der Bank, die ihr an den aus der Kapitalerhöhung erworbenen Anteilsrechten zusteht, werden diese Rechte als Treuhän-

---

1) Vgl. oben S.72 ff. d.A.

2) Vgl. oben S.58 ff. d.A.

derrechte bezeichnet; denn vor Ausübung der Rechte durch den Aktionär und vor Ablauf der Bezugsfrist könnten die Rechte aus den Anteilen nur im Interesse der Aktionäre wahrgenommen werden [1].

Die Begriffsbestimmung des Treuhandverhältnisses ist nicht einheitlich. Man unterscheidet zwischen der deutschrechtlichen und römischrechtlichen Treuhand [2].

Die deutschrechtliche Treuhand beinhaltet ein besonders ausgestaltetes dingliches und somit gegen Dritte wirksames Recht, kraft dessen der Treuhänder die Rechte des Treugebers zu dem festgesetzten Zweck verwalten und über sie verfügen kann [3]. Konstruktiv ist die rechtsgeschäftliche Treuhand mit dinglicher Wirkung in das System des geltenden Rechts als ein dem Treuhänder voll übertragenes Recht einzuordnen versucht worden, das unter der auflösenden Bedingung des Rückfalls auf den Treugeber steht, wenn eine pflichtwidrige Verfügung des Treuhänders, der Zugriff eines Gläubigers oder ähnliche rechtliche Situationen entstehen [4].

Im Gegensatz dazu steht die römischrechtliche Treuhand. Ihr Wesen besteht darin, daß die Vollübertragung des dinglichen Rechtes auf den Treuhänder, die zur Wahrnehmung der Interessen des Treugebers nicht erforderlich wäre, be-

---

1) Teichmann-Koehler, § 153 Anm. 4b; Guntz, BB 59, 654; Staub-Pinner, § 282 Anm. 1; Hiller, S.27 f.

2) Staudinger-Coing, Einl. 60a zu § 104; Siebert, Treuhandverhältnis, S.13 (Es sollen hier nur einige Werke zitiert werden, die sich mit dem Treuhandverhältnis beschäftigen. Eine Angabe auch nur eines Teils ist wegen der zu dieser Frage erschienenen Literatur nicht möglich; vgl. insoweit Staudinger-Coing, aaO. und Siebert, aaO.).

3) Staudinger-Coing, Einl. 60a zu § 104; Schultze, Jh.Jb. 43, 11.

4) Schultze, Jh.Jb. 43, 1 ff. (32 ff.).

schränkt wird durch die obligatorische Pflichtbindung. Die überschießende Rechtsmacht wird also durch die schuldrechtliche Abrede kompensiert, daß das Recht nur zu bestimmten Zwecken übertragen wird [1]. Beide Treuhandbegriffe werden zwar heute als gleichberechtigt nebeneinander anerkannt; jedoch ist die fiduziarische Treuhand in der Praxis der Regeltyp. Beide kennen die sog. Treuhand mit Drittbegünstigung [2].

Diese Art der Treuhandschaft bezweckt, die aus ihr fliessenden Rechte nicht dem Treugeber, sondern einem Dritten als Gläubiger zufließen zu lassen.

Bei der dinglichen Treuhand mit Drittbegünstigung wurde die Treugutsübertragung derart unter eine auflösende Bedingung gestellt, daß der Dritte das Anwartschaftsrecht daraus erwerben würde mit der Folge, daß das Recht bei Eintritt der Bedingung auf ihn übergeht, wobei Voraussetzung die Anerkennung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter wäre [3]. Die Konstruktion über die aufschiebende Bedingung wäre denkbar durch Abschluß eines besonderen dinglichen Vertrages zugunsten des Dritten mit der Folge, daß dieser aufschiebend bedingter Rechtsinhaber würde [4]. Jedoch scheitert die Konstruktion der aufschiebend bedingten Anwartschaft an der Unbedingtheit des zwischen Treuhänder und Treugeber abgeschlossenen Grundvertrages [5]. Durchführbar wäre also nur die Lösung über das auflösend bedingte Anwartschaftsrecht. Jedoch liegt sie dem mittelbaren Be-

---

1) Siebert, aaO. § 146; Staudinger-Coing, aaO. 60c ff.; Soergel-Schultze v. Lasaulx,vor § 164 Anm. 64 f.; Erman-Böhle-Stammschräder, vor § 164 Anm. 2b.

2) Siebert, aaO. S.200 ff., 227 ff.

3) Siebert, aaO. S.227 f.

4) Siebert, aaO. S.227.

5) Siebert, aaO.

zugsrecht nicht zugrunde. Zwar kann den bei Siebert [1] geltend gemachten Bedenken gegen eine auflösend bedingte Anwartschaft zugunsten eines Dritten, die als dingliche die Anerkennung eines dinglichen Vertrages zugunsten Dritter voraussetzen würde, nicht gefolgt werden; denn § 328 BGB stellt eine Zuordnungsform dar, die für das Willensmoment in einer Verfügung ebenfalls zutrifft, so daß die Bestimmung auf schlechthin alle Verfügungen angewendet werden kann, soweit die Einigung getroffen ist [2]. Die Anwendung dieses Gedankens auf das mittelbare Bezugsrecht des Aktionärs würde jedoch weit über das hinausgehen, was die Vereinbarung zwischen Bank und Gesellschaft erreichen soll. Denn nicht nur bei Zahlung des Kaufpreises würde die Bedingung eintreten, sondern auch bei den o.a. Anlässen [3]. Eine solch weitgehende Rechtsfolge soll aber nach dem Grundgedanken der Vereinbarung gar nicht eintreten [4]. Dem Aktionär soll nur die Möglichkeit des Aktienerwerbes gewährt werden, wie das Garantiemoment in der Vereinbarung der Beteiligten ergibt, nicht aber eine Rechtsposition, die zu einer Rechtsinnehabung erstarkt, wenn das Vollzugsmoment erfüllt ist. Da die Vereinbarung schuldrechtlichen Charakter hat, kann hier nur eine Treuhand mit Drittbegünstigung in der Form der "Fiducia" vorliegen. Die "Fiducia" hat ihre Grundlage in dem schuldrechtlichen Treuevertrag. Soll ein anderer als der Treugeber der aus dieser Vereinbarung Begünstigte sein, so kann gemäß §§ 328 ff. dem Dritten diese Gläubigerstellung verschafft werden, indem er das Recht erhält, den Gegenstand der Leistung i.S. der §§ 328 ff. zu fordern [5].

---

1) AaO. S.228.

2) Westermann, Sachenrecht, § 3 II 4.

3) S.o. S.85 d.A.

4) S.o. S.48 ff. d.A.

5) Siebert, aaO. S.200 f.

Das setzt eine Erörterung der Frage voraus, welche Voraussetzungen im einzelnen bei dem Vorliegen einer Treuhandschaft an Gegenständen erfüllt sein müssen. Wesentliches Erfordernis des fiduziarischen Treuhandverhältnisses ist die schuldrechtliche Treuhandabrede. Sie beinhaltet die Verpflichtung des Treuhänders, das ihm übertragene Recht nur zu bestimmten Zwecken auszuüben und gegebenenfalls nach Erreichung des Zweckes zurückzuübertragen. Gemessen an dieser Definition ist der zwischen Bank und Gesellschaft getroffenen Vereinbarung schuldrechtlicher Charakter zuzuschreiben. Das Eigentum der Bank an den aus der Kapitalerhöhung hervorgegangenen Aktien (Anteilen) unterliegt der Zweckbeschränkung, die Aktien innerhalb einer bestimmten Frist für die Aktionäre bereit zu halten für den Fall, daß diese ihr Ankaufsrecht ausüben. Die befristete Zweckbeschränkung ist als Verpflichtung der Bank Gegenstand der schuldrechtlichen Vereinbarung, der ein Recht auf der Gläubigerseite entspricht. Die Treuhandabrede muß schuldrechtlich die überschießende dingliche Rechtsmacht des Treuhänders kompensieren. Diese Kompensation ist erreicht, wenn der Treuhänder keine der ihm aus der überschießenden Rechtsmacht zustehenden Verfügungen treffen kann, ohne das obligatorische Recht des Begünstigten der Abrede in irgendeiner Weise zu beeinträchtigen.

Die Vereinbarung über das mittelbare Bezugsrecht verpflichtet die Bank in erster Linie, die Aktien für die Aktionäre bereitzuhalten. Die Verpflichtung, die Aktien zu übertragen, steht rechtlich nicht von vornherein fest, sondern ist bedingt durch die Geltendmachung des Ankaufsrechts, durch die ein Kaufvertrag zustandekommt. Die Zweckbeschränkung besteht bis zu der Ausübung des Optionsrechtes.

Fraglich ist jedoch, ob hier eine Treuhandbegründung [1]

---

1) Zum Begriff Siebert, aaO. S.28.

mit ihren über die schuldrechtlichen hinausgehenden Wirkungen angenommen werden kann. Denn die Treuhandbegründung ist an dem Recht des derivativen Erwerbes entwickelt worden [1]. Hier aber ist umstritten, ob die Möglichkeit einer Treuhandbegründung nur an Gegenständen zulässig ist, die aus dem Eigentum des Treugebers stammen [2], oder ob der Rechtserwerb im Wege der indirekten Stellvertretung ebenfalls eine Treugutbegründungsmöglichkeit darstellt [3]. Auf das Unzulängliche der Bemühungen, diesen Streit auf begrifflicher Basis [4] zu entscheiden, hat erstmals Siebert [5] aufmerksam gemacht. Siebert geht richtigerweise von der Frage aus, ob der Erwerb durch indirekte Stellvertretung nach dem System des bürgerlichen Rechts geeignet ist, die mit der Treuhandschaft verbundenen Rechtsfolgen herbeizuführen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die mittelbare Stellvertretung überall da keine geeignete Treugutbegründungsmöglichkeit darstellen kann, wo die Rechtsstellung des Begünstigten über einen obligatorischen Anspruch gegen den Treuhänder hinausgehen soll [6]. Das führt

---

1) Die Treugutbegründung in bezug auf originären Erwerb, wie er bei der Gründung von Kapitalgesellschaften bzw. bei Kapitalerhöhungen auftritt, ist, soweit ersichtlich, noch nicht erörtert worden. Vgl. auch die ausführlichen Darlegungen zum Treuhandproblem an GmbH-Anteilen bei Schilling in Hachenburg, § 15 Anm. 51a.

2) So RG in st. Rspr. (vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Anm. 26; Siebert, S.106) seit RG 84, 214 (217); ihm folgend ein Teil der Literatur, vgl. die Angaben bei Siebert, S.106 f.; Palandt-Danckelmann, Einf. 3 vor § 164; Erman-Böhle-Stamschräder, vor § 164 Anm. 2b.

3) Vgl. die Angaben bei Siebert, S.108 f.; Staudinger-Coing, Einl. 60d zu § 104; BGH, BB 53, 248.

4) Vgl. z.B. Schless, S.24 ff., 42 ff.; Gremmels, S.74 ff.

5) AaO. S.108 ff.

6) AaO. S.145.

ihn notwendigerweise zur Unterscheidung der rein obligatorischen fiducia von der mit dinglichen Wirkungen ausgestatteten, die (in der Form der Anwendbarkeit der §§ 46 und 48 KO sowie § 771 (bzw. 805) ZPO) auf Billigkeitserwägungen zurückzuführen sei [1].

Für die Vereinbarung zugunsten der Aktionäre ergibt sich somit, daß ohne weiteres von einer Treuhandschaft im obligatorischen Sinne ausgegangen werden kann, die weitgehend identisch ist mit den Wirkungen der Vereinbarung zugunsten Dritter [2]. Denn die Voraussetzung des Erwerbs des Treugutes aus dem Vermögen des Treugebers braucht hier nicht erfüllt zu sein. Gerade dieses Kriterium ist aber bei dem Ursprungserwerb der Aktien, der ja nichts anderes als eine Konstituierung der Zeichner (bzw. Bezugsberechtigten) darstellt, zweifelhaft, so daß man hier an der Treuhandschaft mit dinglicher Wirkung im Rahmen der Treuhand mit Drittbegünstigung Zweifel hegen kann.

Inwieweit diese Art der Treuhand auch bei dem Ursprungserwerb von Gesellschaftsanteilen begründet werden kann, ist aus einem Vergleich des derivativen und originären Erwerbes sowie durch eine Erforschung des Zweckes, der zur Anerkennung einer beschränkt dinglichen Wirkung der Treuhand geführt hat, festzustellen.

Siebert führt diese Wirkung auf Billigkeitserwägungen zurück. Den Erwägungen muß aber eine Abwägung der beteiligten Interessen zugrundeliegen. Diese Interessen sind hier in dreifacher Form vorhanden:

---

1) AaO. S.159 ff., 192 ff.

2) Die Meinung der S.85 unter Fn.1 genannten Schriftsteller wird also bestätigt.

Die Interessen des Treugebers bestehen in der Erhaltung des Treugutes, die nur dann gewährleistet ist, wenn der Treuhänder den ihm übereigneten Gegenstand entsprechend der Treuhandabrede verwaltet. Denn das Ziel ist die Rückübertragung des Treugutes auf den Treugeber, der bei der Treuhand mit Drittbegünstigung die Übertragung auf den Dritten entspricht.

Mit diesen Interessen stimmen die des Treuhänders solange überein, als er sich nicht gezwungen sieht, mit dem Treugut anderweit zu verfahren (hier treffen dann z.B. bei der Sicherungstreuhand die Sicherungs- und Verwertungsinteressen des Gläubigers mit den Abwehrinteressen des Schuldners zusammen) [1].

Weitere Interessenten sind die Gläubiger des Treugebers (bzw. des Drittbegünstigten) und des Treuhänders. Ihr Interesse besteht in der Zugriffsmöglichkeit auf das Treugut. Die Interessen dieses Kreises prallen entweder untereinander oder mit den vorher erörterten zusammen, sobald auf einer Seite die Voraussetzungen eines Zugriffs vorliegen.

Da mit dem Treugut ein Eigentumswechsel vom Treugeber auf den Treuhänder vorgenommen wird, der an sich zur Erreichung des erstrebten Zweckes nicht erforderlich wäre und nur deshalb durchgeführt wird, weil die Systematik des Gesetzes es erfordert, läge eine Überbewertung der Position des Treuhänders vor, würde man seinen Gläubigern den Zugriff auf den vollen Wert des Treugutes ermöglichen. Andererseits würde man sie aber zu sehr schwächen, gäbe man den Gläubigern des Treugebers ein unbeschränk-

---

1) Westermann, Interessenkollisionen, S.9.

tes Zugriffsrecht. Um den verschiedenen Interessen gerecht werden zu können, hat man in gewissen Grenzen die o.a. Vorschriften aus der Vollstreckung, die in vergleichbaren Rechtslagen fremdes Eigentum vor dem Gläubigerzugriff schützen soll, für anwendbar erklärt [1].

In diesem Zusammenhang ist die eigennützige Treuhand von der uneigennützigen zu unterscheiden. Bei der eigennützigen Treuhand (Sicherungstreuhand) soll das Treuhandgut Ansprüche des Treuhänders gegen den Treugeber sichern, sie dient also dazu, die Eigeninteressen des Treuhänders zu schützen. Bei der uneigennützigen Treuhand (Verwaltungstreuhand) nimmt der Treuhänder die Interessen des Treugebers wahr; Eigeninteressen des Treuhänders sollen nicht geschützt werden.

Entsprechend diesen Interessen ist auch die Schutzrichtung bei der fiducia mit dinglicher Wirkung unterschiedlich ausgestaltet: Bei der Treuhandverwaltung stehen dem Treugeber die Rechte aus § 771 ZPO und 43 KO zu, eben weil der Treuhänder nur formell der Berechtigte ist, wirtschaftlich das Treugut jedoch zum Vermögen des Treugebers zu rechnen ist (sog. wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit nach der Terminologie der Rechtsprechung [2]).

Hingegen sollen diese Rechte bei der eigennützigen Treuhand nur dem Treuhänder zustehen [3], es sei denn, die ge-

---

1) Siebert, aaO. S.169 ff.

2) BGH 11, 37 (40) = NJW 1954, 190 f.; Rosenberg, § 185 III 2b.

3) BGH 12, 232 (234); RG 124, 73; vgl. auch RG 136, 247 (253); 143, 48; Rosenberg, § 185 III 2b; a.A. Westermann, Sachenrecht, § 43 IV; Stein-Jonas-Schönke, § 771 Anm. II 1a; Baumbach-Lauterbach, § 771 Anm. 6 unter "Treuhand", nach denen in diesen Fällen der Treuhänder allein durch § 805 ZPO geschützt sein soll. Der Schutz des Treugebers soll jedoch durch § 771 ZPO gewährleistet sein: Stein-Jonas-Schönke, § 771 Anm. II 1a; Baumbach-Lauterbach, § 771 Anm. 6 unter "Treuhand".

sicherte Forderung ist erloschen. In diesem Zeitpunkt stehen die genannten Rechte nicht mehr dem Treuhänder, sondern nur noch dem Treugeber zu [1].

Im Bereich der Treuhand mit Drittbegünstigung, die allein hier interessiert, sieht die Lösung dann folgendermaßen aus:

Bei einem Zugriff der Gläubiger des Treuhänders steht dem Treugeber kein Recht zu, weil er kein Träger von Interessen ist. Vielmehr kann es von dem Drittbegünstigten geltend gemacht werden, weil dieser den Anspruch des Treugebers hat [2]. Insoweit kann im Verhältnis von Drittem und Treuhänder von einer Verwaltungstreuhand gesprochen werden. Darin liegt aber nicht die Anerkennung eines treuhänderischen Ersterwerbes, da der Rechtsgrund der Stellung des Dritten in dem zwischen Fiduziant und Fiduziar geschlossenen Rechtsverhältnis liegt. Diese Rechtsbeziehung ist also Ursache und Träger der obligatorischen Zweckbeschränkung [3]. Sie kann gemäß den wirtschaftlichen Bedürfnissen als eine quasidingliche Berechtigung des Drittbegünstigten in gewisser Beziehung anerkannt werden.

Liegt ein Zugriff der Gläubiger des Treugebers auf das Treugut vor, so hat der Treuhänder aus eigener Rechtsstellung keine Rechte; denn er verwaltet ja im fremden, nicht im eigenen Interesse.

Andererseits steht dem Drittbegünstigten ein solches Recht ebenfalls nicht zu, weil er im Verhältnis zu dem Treugeber

---

1) OLG München in OLG-Rechtspr. Bd. 33, 100; Rosenberg, § 185 III 2b m.w.N.

2) Siebert, aaO. S.202.

3) Siebert, aaO. S.203.

nur die Rechtsstellung eines obligatorisch Berechtigten innehat [1]. Setzt man jedoch die Rechte des Begünstigten in Relation zu denen des Treuhänders, so ist der Treuhänder als Vertreter der wirtschaftlichen Interessen des Dritten anzusehen. Die Übertragung der dinglichen Rechte auf den Treuhänder und die Übertragung der Rechte aus der obligatorischen Treuhandabrede auf den Drittbegünstigten ergeben zusammen eine der bei der eigennützigen Treuhand vorhandenen vergleichbare Rechtslage, die den Treuhänder zur Wahrnehmung der o.a. Rechte gegenüber den Gläubigern des Treugebers befugt [2].

Bei der Einschaltung einer Bank im Rahmen der Kapitalerhöhung stehen einander Interessen gegenüber, die mit den oben geschilderten durchaus vergleichbar sind:

Die Interessen der ihr Kapital erhöhenden Aktiengesellschaft sind auf die Erhaltung der Anteile bei der Bank gerichtet, bis die Aktionäre ihre Rechte geltend gemacht haben. Äußerste Grenze bei Nichtgeltendmachung ist der Ablauf der Bezugsrechtsfrist.

Die Interessen der Bank können zweifacher Art sein. Ist eine günstigere Verwertung der Anteile nicht möglich, so ist sie bestrebt, möglichst alle Aktien an die Aktionäre der Gesellschaft abzusetzen; denn ein Gewinn bei freier Veräußerung kann nicht eintreten, viel eher können sich Verluste einstellen. Gerade umgekehrt sind die Interessen der Bank zu beurteilen, wenn die Aktien im freien Börsenhandel zu einem günstigeren Kurs abzusetzen sind, als er für die Ausübung des Bezugsrechts durch die Aktionäre festgesetzt ist.

---

1) Unklar insofern Siebert, der sagt, der Dritte stehe zu weit entfernt vom Treugeber. Wichtig ist vielmehr, daß ihm allein nicht die Stellung des Fiduziars zukommt.

2) Siebert, aaO. S.201 f.

Ebenso verhält es sich mit den Interessen der verschiedenen Gläubiger. Die Bankengläubiger werden im gegebenen Fall auf eine Verwertung der Anteile ebenso bedacht sein wie die Gläubiger der Aktiengesellschaft und der Aktionäre.

Zweifelhaft ist nur, ob der Ausgleich dieser Interessen nach den Grundsätzen der beschränkt dinglichen Treuhand mit Drittbegünstigung vorzunehmen ist.

Die Voraussetzungen einer Drittbegünstigung liegen vor. Wie bereits ausführlich erörtert worden ist [1], liegt dem mittelbaren Bezugsrecht ein Optionsrecht in der Form des Ankaufsrechts zugunsten der Aktionäre zugrunde. Das Optionsrecht ist eine schuldrechtliche Vereinbarung zugunsten der Aktionäre. Der Erwerb aus dieser Vereinbarung ist derivativ; ihm fehlt das dem unmittelbaren Bezugsrecht immanente spezielle körperschaftsrechtliche Element des Ursprungserwerbs. Das Wesen des Treurechtsverhältnisses wurde bereits charakterisiert als die Kompensation eines Mehr an Rechten, das dem Treuhänder nach dem Zweck des Vertrages nicht zufließen soll, aber aus rechtskonstruktiven Gründen zufließen muß, soll der Vertrag verwirklicht werden [2].

Eine vergleichbare Rechtskonstruktion liegt bei dem mittelbaren Bezugsrecht vor: Die Bank hat ein unbeschränktes Recht an den aus der Kapitalerhöhung hervorgegangenen Aktienanteilen erworben, das ihr jedoch nach dem Zweck der mit der Aktiengesellschaft getroffenen Vereinbarung nicht zufließen soll. Aus rechtskonstruktiven Gründen muß ihr aber das Recht unbeschränkt übertragen werden, damit

---

1) Vgl. oben S.68 ff., insbes. S.70-79 d.A.

2) Vgl. S.83 d.A.

das Ziel, den Aktionären einen dem unmittelbaren Bezugsrecht vergleichbaren Bezugsrechtswert zu erhalten und zukommen zu lassen, erreicht werden kann. Das ist jedoch in einer den Anforderungen der Praxis genügenden Weise (technische Vereinfachung, Sicherung der Durchführung der Kapitalerhöhung) nur dadurch erreichbar, daß eine Bank die Mitgliedschaftsrechte originär erwirbt mit der Verpflichtung, sie für die Aktionäre zum Bezug zur Verfügung zu halten.

Wie bereits ausgeführt, stammen die Anteile bei dem Originärerwerb als mitgliedschaftlicher Konstitution nicht aus dem Vermögen des Treugebers; vielmehr wird das Mitgliedschaftsrecht durch die Organe der Gesellschaft erst geschaffen. Diese Besonderheit läßt auch die zwischen der normalen Treuhand und der Treuhand mit Drittbegünstigung bestehende Parallele entfallen, daß die Beschränkung der Verfügungsmacht des Treuhänders zugunsten des Treugebers oder Drittbegünstigten den Erwerb (Rück- bzw. Neuerwerb) des aus dem Vermögen des Treugebers stammenden Gutes sichern soll. Denn Eigentum an den Anteilen erwirbt erstmals der Zeichner, bei dem mittelbaren Bezugsrecht also die Bank, an die Stelle des mit Rücksicht auf das Eigentum abgeleiteten Interessenschutzes tritt ein solcher aus dem Sinn des unmittelbaren Bezugsrechtes. Sein Wesen liegt in dem Schutz der Stellung des Aktionärs im Hinblick auf seine Beteiligung an der Aktiengesellschaft, die mitgliedschaftlichen und vermögensrechtlichen Inhaltes ist. Das Gesetz bezweckt die mitgliedschaftliche Sicherung eines in der Person des Aktionärs vorhandenen vermögenswerten Rechtes, die in eine schuldrechtliche Sicherung (einen Gläubigeranspruch) übergeht. Das mittelbare Bezugsrecht stellt eine Ersatzsicherung dieses vermögenswerten Rechts dar. Zwar unterliegt das Recht nur dann in bestimmter Weise der Disposition des Aktionärs, wenn die Organe der Gesellschaft (insbes. die Hauptversammlung) einen dementspre-

chenden Beschluß fassen; jedoch steht andererseits der durch den Anteil repräsentierte Wert der Person des Anteilsinhabers zu. Wird an diesem Wert, der anteilsmäßig sowohl in den alten Aktien enthalten ist und somit ein dingliches Recht des Aktionärs darstellt, als auch bei der Kapitalerhöhung dem Aktionär im Rahmen des Gläubigeranspruches zusteht, durch Dazwischentreten eines Dritten ein Rechtsverhältnis begründet, aufgrund dessen dem Dritten ein Recht voll übertragen wird mit gleichzeitiger Beschränkung durch eine obligatorische Pflichtbindung, so tritt durch diesen Dritten eine weitere Gefahrenstelle für das Vermögensrecht auf, das eines wirksamen Schutzes bedarf. Gegen den Dritten besteht dieser Schutz in der obligatorischen Pflichtbindung; gegen die Gläubiger des Dritten kann er nur in dem oben angegebenen Vollstreckungsschutz liegen. Bezugspunkt des zu schützenden Interesses ist das vermögenswerte Recht des Aktionärs. Erkennt man den Aktionär wirtschaftlich als Eigentümer des Unternehmens an, ist sein vermögenswertes Recht wirtschaftlich sein Eigentum. Die Billigkeits- bzw. Interessenabwägungen müssen also die gleichen sein wie bei dem Erwerb des Treuguts aus dem Vermögen des Treugebers. Werden Anteile aus einer Kapitalerhöhung, in denen das Recht enthalten ist, zum Gegenstand einer obligatorischen Pflichtbindung gemacht, müssen die erhöhten Gefahren, die dem Recht drohen, durch einen erhöhten Schutz wirksam kompensiert werden. Dieser Schutz kann sich nur dann als wirksam erweisen, wenn er sich auf die aus der Kapitalerhöhung stammenden Anteile bezieht, weil eine Abgrenzung jenes vermögenswerten Rechtes von den übrigen Teilen des in der Aktie verkörperten Wertes nicht wirksam erfolgen kann.

Der Vereinbarung zwischen Aktiengesellschaft und Bank liegt also nach der aus den zugrundeliegenden Interessenrichtungen gewonnenen Wertung eine Treuhandabrede zugrunde, die schuldrechtliche und dingliche Wirkung ausstrahlt.

T E I L III

Die haftungsrechtliche Stellung der Banken im Rahmen der Kapitalerhöhung

A. Die vertragliche Haftung als Sacheinleger

§ 7: Die Einlage bei der Kapitalerhöhung

I. Die Einlageverpflichtung

Die Verpflichtung zur Leistung der Einlage findet allgemein ihren Ursprung in der Mitgliedschaft, §§ 54 (1, 49). Als subjektive Rechtspflicht [1] entsteht sie bei der Kapitalerhöhung mit der Zuteilung (nach erfolgter Zeichnung) der Aktien an die Aktionäre, §§ 188 (155) Abs. 2, 36 (28) Abs. 2, 54 (49) Abs. 3.

Der Entstehung der Mitgliedschaft liegt bei der Kapitalerhöhung die Zeichnung zugrunde [2]. Der Charakter der Zeichnung weist zwei Wesensmerkmale auf: Das ist einmal das vertragliche Merkmal und zum anderen das Element, das ein überwiegendes Rechtsschutzinteresse am Fortbestand der Erklärung im Verhältnis zu entgegengesetzten Rechtsbefugnissen beinhaltet [3].

---

1) Würdinger, § 12 I 1 (Aktienrecht § 11 I 1).

2) Die Zeichnung bei der Kapitalerhöhung entspricht im wesentlichen der bei der früheren Stufengründung, nur daß hier die Gesellschaft an Stelle der Gründer Vertragsgegnerin ist, vgl. Fischer in Grossk., § 152 Anm. 1; - bei der bedingten Kapitalerhöhung tritt an ihre Stelle die Bezugserklärung, Weipert-Schilling in Grossk., § 165 Anm. 1.

3) Dieser Doppelcharakter ist jetzt allgemein anerkannt: Lutter, S.83 ff.; Schmidt/Meyer-Landrut, § 2 Anm.3, 4; Schlegelberger-Quassowski, § 2 Anm. 8 ff.; v. Godin-Wilhelmi, § 23 Anm. 19 f., § 185 Anm. II 1, 2 (2. Aufl. § 16 Anm. 8); Ritter, § 30 Anm. 3b aa; Baumbach-Hueck, § 185 Anm. 3 (12. Aufl. § 30 Anm. 2); Würdinger, Aktienrecht, § 17 A III, 17 B IV 3; Georgakopoulos, Gründung, § 16 S.118 ff. u.a.

Durch die Zeichnung unterbreitet der Zeichner das vertragliche Angebot (bei der Kapitalerhöhung dem Vorstand der Aktiengesellschaft als deren Vertreter), eine Einlage erbringen zu wollen [1]. Die Gesellschaft verpflichtet sich demgegenüber mit der Annahme des Angebotes, dem Zeichner Mitgliedschaftsrechte zu gewähren, aus denen sich die im einzelnen bereits beschriebenen Rechte des Aktionärs ergeben [2]. Diese Rechte sind in Form der Aktie versachlicht. Das Angebot wird in der Form angenommen, daß der Zeichner bei der Zuteilung berücksichtigt wird [3].

Ebenso allgemein anerkannt ist das Merkmal der Zeichnung, das eine Berufung des Zeichners auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit seiner Erklärung nach Eintragung in das Handelsregister ausschließt. Dieser Grundsatz gilt nur dann nicht, wenn das Interesse an der Beseitigung der Erklärung höher zu veranschlagen ist als das an dem Fortbestand, etwa wenn der Schutz der minderjährigen oder sonst geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen in Frage steht [4]. Das führt dazu, daß mit Ausnahme weniger Fälle der Fortbestand des Zeichnungsvertrages gesichert ist.

An das Zustandekommen des Zeichnungsvertrages knüpft das Gesetz die Verpflichtung zur Einlage. Das AktG 1937 stellte noch fest, daß die Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sind (§ 1). Die Leistung der Einlage ist als Verpflichtung immanenter Be-

---

1) Nübell, § 6, S.25; Fischer in Grossk., § 30 Anm. 3.
2) Vgl. §§ 3, 5 und 6 d.A.
3) Lutter, S.83.
4) Lutter, S.88; Schönle, NJW 65, 2136 l.Sp.

standteil des Zeichnungsvertrages [1], der auf die Entstehung der Mitgliedschaft gerichtet ist [2].

Diese Verpflichtung zur Einlage besteht einmal als Bar-, zum anderen als Sacheinlagepflicht. Grundsätzlich ist der Aktionär verpflichtet, den Nenn- oder höheren Ausgabebetrag zu zahlen, also eine Bareinlage zu leisten, "soweit nicht in der Satzung Sacheinlagen bedungen sind", § 54 (49) Abs. 2. Das Gesetz knüpft an den Zeichnungsvertrag grundsätzlich die Verpflichtung zur Leistung einer Einlage, die mangels anderweitiger Vereinbarung und Festsetzung in der Satzung eine Bareinlage ist. Eine ausdrückliche Erklärung des Zeichners, Geld einlegen zu wollen, ist also nicht erforderlich [3].

Bei der Sacheinlage bedarf es jedoch dieser ausdrücklichen Erklärung; sie hat die Form eines Angebots auf Leistung einer Sacheinlage gegen Übernahme von Mitgliedschaften, die nach dem Kapitalerhöhungsbeschluß mit der Zeichnung die vom Gesetz geforderte Form erhält. Sie muß (bei der Kapitalerhöhung) vom Vorstand der Gesellschaft angenommen werden. Anders kann die Formulierung des Gesetzes, nach der die Verträge, die den Festsetzungen im Kapitalerhöhungsbeschluß zugrundeliegen (§§ 188 (155) Abs. 3, Ziff. 2, 195

---

1) So insbesondere die früheren Autoren, die den vertraglichen Charakter der Zeichnung noch ablehnten, vgl. statt aller Crissolli, ZHR 93, 227 ff., Lange, S.44 ff.; aber auch wenn man die Vertragsnatur der Zeichnung bejaht, erhält man dasselbe Ergebnis: an die Stelle der Vereinbarung über die Bareinlage tritt dann der Sacheinlagevertrag.

2) Lutter, S.83; Lange, S.45; Staub-Pinner, § 186 Anm. 4a.

3) Mann, S.64 f.; dem Sinne nach auch Lange, S.42.

(162) Abs. 2 Ziff. 1), der Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses beizufügen sind (vgl. § 195 (162)), nicht verstanden werden [1]. Lehnt man es ab, den Beitritt zu einer Aktiengesellschaft als einseitige Willenserklärung zu charakterisieren, der die Vereinbarung über die Sacheinlage untergeordnet wurde, so daß ihr ebenfalls der Charakter einer einseitigen Erklärung beigemessen wurde [2], so ist auch die Vereinbarung, eine Sacheinlage zu erbringen, kein einseitiges Rechtsgeschäft. Als Bestandteil des Zeichnungsvertrages erlangt die Vereinbarung Wirksamkeit in dem Zeitpunkt, in dem ihre wesentlichen Merkmale in die Satzung (bzw. den Kapitalerhöhungsbeschluß) aufgenommen worden sind, §§ 27, 183, 194 (20, 150, 161).

Diese wesentlichen Merkmale sind der Sacheinlage-Gegenstand, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien. Dabei kann man i.d.R. die Vereinbarung auch als Bestandteil der Satzung (bzw. des Erhöhungsbeschlusses) bezeichnen [3]. Die von Ritter [4] vorgenommene Trennung zwischen den für die Aufnahme in die Satzung (bzw. den Erhöhungsbeschluß) wesentlichen Bestandteilen der Sacheinlagevereinbarung und den übrigen Bestandteilen dieser Vereinbarung wäre insofern überflüssig.

---

1) Die Anerkennung der Vertragsnatur der Sacheinlagevereinbarung findet sich schon bei v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S.130 ff.; ihr wurde jedoch nur vorbereitender Charakter zuerkannt, der dann im Gefolge der Gründung als eines einseitigen Gesamtaktes verloren ging.

2) Vgl. vor allem Crissolli, ZHR 93, 225 ff. mit weiteren Nachweisen zur älteren Lit. und Rspr.

3) Fischer in Grossk., § 20 Anm. 3; Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 8; Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 2; Mann, S.16 ff.

4) Ritter, § 20 Anm. 2a, b, g.

Jedoch sind Fälle denkbar [1], in denen die Sacheinlagevereinbarung mehr enthält als nur die in die Satzung (bzw. den Erhöhungsbeschluß) aufzunehmenden Bestandteile. Hier kann nicht mehr davon gesprochen werden, daß die Sacheinlagevereinbarung insgesamt Bestandteil der Satzung ist. Dennoch erlangen auch die nicht in die Satzung (bzw. den Kapitalerhöhungsbeschluß) aufgenommenen, jedoch in dem Vertrag über die Sacheinlage befindlichen Vereinbarungen Wirksamkeit, da nach dem Gesetz aus der Sacheinlagevereinbarung nur bestimmte Merkmale in die Satzung (bzw. den Kapitalerhöhungsbeschluß) aufgenommen zu werden brauchen [2].

Der Einbringungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag [3]. Sowohl das genetische als auch das funktionelle Synallagma sind vorhanden [4]. Dem wird im Hinblick auf das genetische Synallagma -Zusammenhang der Leistungsverpflichtungen in ihrem Entstehen- entgegengehalten, daß der Sacheinleger mit der Übernahme der Einlage wirksam Gesellschafter werde, gleichgültig, ob die Sacheinlagevereinbarung gültig sei oder nicht [5]. Der Sacheinlagevertrag sei vielmehr ein einseitig verpflichtender, also unentgeltlicher Vertrag, in dem der Sacheinleger das Versprechen abgebe, die Kapitaldeckung nicht in bar, sondern durch Übereignung sonstiger Vermögenswerte vorzunehmen [6].

---

1) Vgl. RG, JW 1933, S.52 Nr. 8.

2) Ritter, aaO. Anm. 2a, b, g; Mann, S.16 ff.; a.A. Geiler in Anm. zum Urteil RG, JW 1933, aaO.

3) Vgl. insoweit für das Recht der Personengesellschaften Westermann, Hdb. der Personengesellschaften, Bd. I, Rdziff. 85.

4) Zum Begriff s. Larenz I, § 18 I, S.207.

5) Schönle, aaO. S.2134; vgl. auch Mann, aaO. S.51.

6) Schönle, aaO.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar ist die Übernahmeerklärung ein wesentliches Moment der Entstehung mitgliedschaftlicher Verpflichtung, jedoch wird sie in Zusammenhang mit der Einlagevereinbarung abgegeben. Verpflichtet sich der Zeichner, einen bestimmten Betrag an Aktien zu übernehmen und dafür eine Einlage zu erbringen, so verpflichtet sich die Gesellschaft, gegen Übernahme der Einlage dem Zeichner die gezeichneten Aktien zur Verfügung zu stellen. Dieser Vertragsgestaltung wohnt ein genetisches Synallagma inne. Denn ist die Verpflichtung der einen Partei nichtig, so führt das dazu, daß die Verpflichtung der anderen Partei ebenfalls nichtig ist. Dies gilt für den Zeitpunkt, in dem die Durchführung der Erhöhung noch nicht in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Erst später erfährt dieses Synallagma eine Wandlung: Ist die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister eingetragen, so ist die Zeichnung nur dann nichtig, wenn der Aktionär aufgrund des Zeichnungsscheins Rechte noch nicht ausgeübt oder Verpflichtungen noch nicht erfüllt hat (§ 185 (152) Abs. 3). Ist die Einlagevereinbarung nichtig, so wird die Wirksamkeit der Erhöhung des Grundkapitals von diesem Zeitpunkt an durch diese Wirksamkeit nicht mehr berührt (§ 183 (150) Abs. 2 S.2, 3): Das vertragliche Element tritt hinter dem Element zurück, das ein überwiegendes Rechtsschutzinteresse am Fortbestand der Erklärung im Verhältnis zu entgegengesetzten Rechtsbefugnissen beinhaltet [1].

Für die Zeit nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister bringt die Unwirksamkeit der Einlage-

---

1) Vgl. oben S.99 d.A.

verpflichtung oder der Zeichnung die Kapitalerhöhung nicht mehr zu Fall. Das heißt mit anderen Worten, die Unwirksamkeit der Verpflichtung, eine Einlage gegen die Übernahme von Mitgliedschaftsrechten zu erbringen, zieht nicht die Nichtigkeit der Verpflichtung nach sich, Mitgliedschaftsrechte in der Person des Zeichners zu begründen. Das hat dennoch nicht zur Folge, daß das Wesen des Einlage- und Zeichnungsvertrages dadurch geändert würde. Es liegt weiterhin eine zweiseitige Verpflichtung vor, weil die Verpflichtung zur Erbringung der Einlage (wenn auch bei Nichtigkeit der Sacheinlage nur in Form der Verpflichtung zur Erbringung der Bareinlage) ebenso aufrechterhalten bleibt wie die Verpflichtung zur Begründung der Mitgliedschaftsrechte. Das genetische Synallagma zwischen der Übernahmeerklärung mit der Folge, daß die Gesellschaft zur Leistung eines Anteils verpflichtet ist, und der Sacheinlagevereinbarung als Zusammenhang der entstehenden Verpflichtungen ist also vorhanden. Die Eintragung bewirkt nur, daß die Übernahme- bzw. Einlagevereinbarung von einem bestimmten Zeitpunkt an nicht beseitigt werden können.

Aber auch das funktionelle Synallagma als Kennzeichen des gegenseitigen Vertrages ist vorhanden, da Geltendmachung und Fortbestand der Leistungsverpflichtungen voneinander abhängen [1]. Die Leistung der Sacheinlage wird erbracht, um die Mitgliedschaftsrechte an der Aktiengesellschaft zu erlangen.

Es fragt sich jedoch, wie dieser Vertrag einzuordnen ist. Ein Kaufvertrag liegt nicht vor, weil bei diesem eine Partei zur Erbringung einer Barleistung verpflichtet ist. Ein kaufähnlicher Vertrag i.S. des § 445 BGB scheidet aus,

---

1) Westermann, Handb. der Personengesellschaften, Bd. I, Rdziff. 85; a.A. Mann, aaO. S.51; Schönle, NJW 65, 2134.

weil dessen Merkmal darin besteht, daß das Entgelt in Form der Belastung eines Gegenstandes oder einer Handlung erbracht wird. Am naheliegendsten ist hier die Annahme eines Tauschvertrages i.S. des § 515 BGB, weil in dieser Vertragsart ein individueller Wert gegen einen anderen individuellen Wert umgetauscht wird [1]. Dadurch, daß sich die Gesellschaft zur Gewährung von Mitgliedschaftsrechten verpflichtet, geht sie eine Verpflichtung ein, einen "individuellen Wert" zu erbringen. Dennoch kann die Vorschrift des § 515 BGB nicht unmittelbar angewandt werden: Der Zeichnungs- und Einlagevertrag verpflichtet die Aktiengesellschaft nicht, einen individuellen Wert auf den Einleger zu übertragen, sondern in der Person des Einlegers zu begründen. Folglich können die Vorschriften über den Tauschvertrag nur entsprechend, und zwar nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten angewandt werden, die sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Charakter des Vertrages ergeben.

II. Die Bareinlage

Die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage unterliegt bei der Kapitalerhöhung im Wesentlichen den gleichen Regeln wie bei der Gründung. Zu unterscheiden ist hier die Leistungsverpflichtung vor und nach der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister. Die Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung kann erst erfolgen, wenn 25 % des Nennwertes der auszugebenden Aktien zuzüglich des Agios eingezahlt sind, §§ 188 (155) Abs. 2 i.V. mit 36 (28) Abs. 2. Das Agio ist der gesetzlichen Rücklage zuzuführen, § 150 (130) Abs. 2 Ziff. 2, 3.

---

1) Motive BGB II, S.366.

Der Mindestbetrag ist auf jede Aktie einzuzahlen; es genügt nicht, daß die Summe der Einzahlungen ein Viertel des Erhöhungskapitals zuzüglich der Summe der Beträge ausmacht, um den der Ausgabebetrag den Nennwert der Aktien übersteigt [1].

Die Leistung des Mindestbetrages kann nur erbracht werden in gesetzlichen Zahlungsmitteln oder durch Gutschrift auf ein inländisches Bankkonto bzw. ein Postscheckkonto der Gesellschaft, § 54 (49) Abs. 3. Die eingezahlten Mindestbeträge müssen, soweit sie nicht zur Deckung der bei der Kapitalerhöhung angefallenen Steuern und Gebühren verwendet worden sind (§ 36 (28) Abs. 2), auch hier zur freien Verfügung des Vorstandes stehen [2]. Für die Kapitalerhöhung ausdrücklich ausgeschlossen ist die Überweisung auf ein Konto des Vorstandes. Diese Regelung ist bei der Gründung nur mit Rücksicht darauf zugelassen, daß die Gesellschaft selbst noch nicht errichtet ist [3], so daß sie bei der Kapitalerhöhung naturgemäß entfällt. Die Zahlung auf ein Konto der Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung bewirkt, daß der Vorstand als das zur Geschäftsführung berechtigte und verpflichtete Organ über den Betrag verfügen kann.

Die hinsichtlich des Gründungsvorganges aufgetretene Streitfrage, ob der Bareinleger auch einen höheren als den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag vor der Eintragung der Gesellschaft mit befreiender Wirkung leisten kann, entsteht bei der Kapitalerhöhung nicht. Das ergibt sich aus einem Vergleich der bei der Gründung und

---

1) Fischer in Grossk., § 28 Anm. 14; Baumbach-Hueck, § 36 Anm. 7 (12. Aufl. § 28 Anm. 3 C); Schlegelberger-Quassowski, Anm. 5; RG 144, 352.

2) Fischer in Grossk., § 155 Anm. 3 a.E.

3) Schlegelberger-Quassowski, § 49 Anm. 6, 9.

Kapitalerhöhung bestehenden Interessenlage. Bei beiden ist es das Bestreben des Gesetzgebers, die Aufbringung des Grundkapitals in weitgehendem Maße zu sichern. Es soll der Gesellschaft zugute kommen. Wird dieses Ziel bei der Kapitalerhöhung dadurch erreicht, daß der Betrag auf ein Konto der bereits bestehenden Gesellschaft überwiesen wird, so daß der Vorstand als das zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigte Organ darüber verfügen kann, ist das bei der Gründung anders: Hier soll bereits vor der Entstehung der Gesellschaft dem Vorstand ein bestimmter Betrag zur Ausführung der mit der Entstehung der Gesellschaft verbundenen Geschäfte zur Verfügung stehen. Der Grundsatz, daß das Kapital der Gesellschaft wenigstens einmal zugeflossen sein muß, wird hier durchbrochen zugunsten einer notwendigen Vorgründungsleistung [1].

Die von dem Gesetzgeber bei der Kapitalerhöhung vorgenommene Verweisung auf die Gründungsvorschriften der §§ 36 (28) Abs. 2, 37 (29) Abs. 1 beruht auf dem Gedanken, durch die vorzeitige Einforderung des Mindestbetrages die Deckung der mit der Kapitalerhöhung verbundenen notwendigen Ausgaben zu gewährleisten [2], im Hinblick auf die übrigen Beträge jedoch eine Verpflichtung zur Leistung erst eintreten zu lassen, sobald die Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen worden ist. Da die Beträge auch bereits dann der Gesellschaft zugute kommen, wenn sie vor der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung geleistet werden, kann diese Verweisung nur noch den Schutz der Bareinleger bezwecken: Ihnen soll, falls die Kapitalerhöhung doch noch scheitert, nicht nur

---

1) Lutter, S.128 ff.

2) Vgl. Motive 1883, S.209.

ein Rückforderungsanspruch gegen die Gesellschaft gegeben werden, sondern sie sollen den Restbetrag bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung, womit diese endgültig bewirkt ist, in Händen behalten. Dieses Schutzes kann sich der Bareinleger natürlich begeben [1].

Tritt bei einer Kapitalerhöhung ein Bankenkonsortium als Zeichner auf, so wird gewöhnlich der Mindestbetrag einschließlich eines etwaigen Agios nach der Zuteilung der Anteilsrechte, der Restbetrag nach der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung bei der Aushändigung der Aktien bezahlt. Oft wird aber auch eine Zahlung des Gesamtbetrages bei Anmeldung der Durchführung zum Handelsregister vorgenommen.

Für diese später fällig werdenden Beträge gelten die obigen aktienrechtlichen Beschränkungen nicht. Es gelten die allgemeinen Vorschriften, so daß die Leistung auch durch Wechsel oder Scheck erbracht werden kann [2]. Da aber die Leistung zur Aufbringung des Grundkapitals führen muß, kann sie stets nur erfüllungshalber erbracht werden [3]. Aus diesem Grunde muß auch § 66 (60) beachtet werden: Den Aktionären ist eine einseitige Aufrechnung gegen die Einlageforderung nicht gestattet. Die Art der

---

1) Bei der Gründung tritt dieser Schutzzweck hinter den zugunsten der entstehenden Gesellschaft zurück. Begibt sich hier der Bareinleger seines Schutzes, so bleibt immer noch derjenige zugunsten der Gesellschaft bestehen. Inwieweit dieser abdingbar ist, so daß die Leistung dann vor der Eintragung erfolgen kann, ist bei der Kapitalerhöhung im Gegensatz zur Gründung (vgl. Lutter, S.127 ff.) unproblematisch.

2) v. Godin-Wilhelmi, § 54 Anm. 6 (2. Aufl. § 49 Anm. 6); Baumbach-Hueck, § 54 Anm. 10a (12. Aufl. § 49 Anm. 4).

3) Lutter, S.131 Fn. 95.

ausgegebenen Aktien hängt davon ab, ob die Einlage geleistet ist oder nicht. Unser Aktienrecht kennt zwei Arten von Aktien: Die Inhaber- und die Namensaktie, § 10. Ist die Inhaberaktie frei negotiabel, so daß eine Übertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen (§§ 929 ff. BGB) mit Wirksamkeit gegenüber jedermann erfolgt, ist die Negotiabilität bei der Namensaktie eingeschränkt: Zu der Übertragung durch Indossament muß, ist das in der Satzung vorgesehen, die Zustimmung der Gesellschaft kommen, § 68 Abs. 2 (61 Abs. 3) (sog. vinkulierte Namensaktie), auf keinen Fall ist aber eine Übertragung gegenüber der Gesellschaft wirksam, wenn sie nicht im Aktienbuch vermerkt ist, § 67 Abs. 2 (62 Abs. 3). Mit dieser strengen Regelung der Übertragung der Rechte aus Namensaktien ist ein Schutzzweck zugunsten der Gesellschaft verbunden. Dem entspricht es, wenn das Gesetz bestimmt, daß lediglich Namensaktien (bzw. Zwischenscheine, die nur auf den Namen lauten) ausgegeben werden dürfen, wenn die Einlage noch nicht voll erbracht ist, § 10 Abs. 2, 3. Da aber die Ausgabe von Inhaberaktien wegen der hohen Verkehrsfähigkeit im Interesse des Aktionärs liegt, ist für ihn eine baldige Volleinzahlung des Einlagebetrages geboten, obwohl das Gesetz im Hinblick auf die restlichen Beträge keine Vorschriften aufstellt. Die Einforderung dieser Beträge liegt im Ermessen der Verwaltung, das sie im Interesse der Aktiengesellschaft auszuüben hat. Allerdings ist die Verwaltung an eine im Erhöhungsbeschluß getroffene Regelung über vorzeitige Einzahlung gebunden.

III. Die Sacheinlage

Die Sacheinlage ist bei der Kapitalerhöhung ähnlich geregelt wie bei der Gründung: Die Nichtaufnahme bestimmter Mindesterfordernisse in den Kapitalerhöhungsbeschluß führt die

gleichen Folgen herbei, §§ 183 (180) Abs. 2, 194 (161) Abs. 2.

a) Der Gegenstand der Einlage

Eine gesetzliche Definition des Begriffes Sacheinlage sowie Abgrenzung der einlagefähigen von den nicht einlagefähigen Gegenständen ist im Aktienrecht nicht vorhanden. In Anlehnung an den historischen Gesetzgeber [1] haben Literatur und Rechtsprechung jeden übertragbaren und bilanzfähigen (vermögenswerten) Gegenstand als Sacheinlage anerkannt [2]. Diese weitgehende Auslegung ist aber insofern eingeschränkt worden, als jederzeit kündbare Rechtsverhältnisse, Rechte aus Angeboten auf Abschluß eines Vertrages, Ansprüche aus Dienstverträgen und Wechselakzepten z.B. [3] nicht einlagefähig sein sollen, weil sie im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister für die Gesellschaft keinen feststellbaren Vermögenswert darstellten oder nicht bilanzfähig seien [4].

Gegen diese Art der Abgrenzung ist neuerdings Kritik geübt worden [5]. Das Abgrenzungskriterium "bilanzfähig" sei nicht brauchbar. Mit dem Begriff der Bilanzfähigkeit werde eine Bezugsgröße eingeführt, die selbst in der Betriebswirtschaft

---

1) Vgl. Motive 1883, S.151.

2) Fischer in Grossk., § 20 Anm. 6; Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 7; v. Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 11 (2. Aufl. Anm. 2); Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 27 Anm. 3 (12. Aufl. Anm. 2A zu § 20); Würdinger, § 12 I 2b, § 9 II 2a (Aktienrecht § 11 II 2); Schnorr v. Carolsfeld in DNotZ 1963, 418; BGH 29, 301 (304); KGJ 44, A 146; 45, A 175.

3) H.M. vgl. Fischer in Grossk., § 20 Anm. 6f.

4) Fischer, aaO. Anm. 7; Teichmann-Koehler, aaO.; Baumbach-Hueck, aaO.

5) Lutter, S.230 ff.

noch nicht endgültig geklärt sei. Eine Einschränkung dieses Begriffes in der oben dargelegten Weise könne jedoch nicht vorgenommen werden; denn die als nicht vermögenswert angesehenen Leistungen stellten gerade in der Vermögenseröffnungsbilanz im Rahmen der dynamischen Bilanzauffassung aktivierbare Gegenstände dar [1].

Zur Feststellung der Einlagefähigkeit eines Gegenstandes müsse vielmehr auf den Grundsatz der "realen Kapitalaufbringung" zurückgegriffen werden. Die Einlage als vermögenswerter Gegenstand müsse als Zugriffsobjekt für die Gläubiger geeignet, also Gegenstand des Rechtsverkehrs und Rechtsschutzes sein, ferner müsse die Möglichkeit bestehen, in ihn die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Bei der Kapitalaufbringung dürfe er nicht mit besonders großen Risiken behaftet sein [2].

Zu dieser Streitfrage braucht jedoch im Rahmen der Arbeit keine Stellung genommen zu werden; denn die von den Banken anläßlich einer Kapitalerhöhung geleisteten Sachgüter sind im Hinblick auf ihre Einlagefähigkeit allgemein anerkannt. Soweit die Banken bei dem sog. mittelbaren Bezugsrecht ihre Einlagen nicht in bar leisten, treten folgende Fälle der Sacheinlage auf:

Oft gewähren die Banken Aktiengesellschaften Kredite. Diese sollen in Anlagekapital umgewandelt werden, weil die Aktiengesellschaft die Fremdmittel zur Expansion ihres Unternehmens verwandt hat oder weil Fremd- und Eigenkapital in einem ungünstigen Verhältnis zueinander stehen und die Fälligkeit des Darlehens den Anlaß bietet, insoweit eine Korrektur vorzunehmen. Die Bank übernimmt die

---

1) Lutter, S.230.

2) Lutter, S.232.

Aktien, die Forderung wird in eine Sacheinlage umgewandelt. Durch die Veräußerung der Aktien an die Altaktionäre oder, soweit diese ihr Recht nicht ausüben, an Dritte erhält die Bank ihr Darlehen zurück. Sind die Aktien dann noch nicht untergebracht, kann das Konsortium sie durch Einführung an der Börse plazieren. Auf diese Weise kann die Bank wirtschaftlich ihre Forderung durch Einschaltung des Kapitalmarktes liquidieren.

Auch Forderungen gegen die Aktiengesellschaft seitens eines Dritten (z.B. aus Warenlieferungen etc.), der sich nicht an der Aktiengesellschaft beteiligen, sondern seine Forderung liquidieren möchte, weil er das Geld für andere wirtschaftliche Vorhaben benötigt, können auf diese Art verwertet werden. Die Bank kann hier als Stellvertreterin oder Kommissionärin auftreten oder auch für eigene Rechnung handeln, wenn sie die Forderung vom Dritten bereits erworben hat.

Hat eine Bank ein Aktienpaket, das einen gewissen Prozentsatz oder die Gesamtheit des Grundkapitals ausmacht, und zeigt sich ein Unternehmen hieran interessiert, so ist, will die Bank das Paket abtreten, der obige Weg ebenfalls gangbar. Will die erwerbende Aktiengesellschaft keine Barmittel aufwenden, sondern neue Anteile ausgeben, die Bank aber Barmittel erhalten, kann das Paket als Sacheinlage eingebracht werden gegen Ausgabe neuer Anteile aus einer Kapitalerhöhung, die Bank kann die Anteile (über ein Bankenkonsortium) an die Altaktionäre veräußern oder ansonsten über die Börse plazieren.

Von diesen Fällen zu unterscheiden ist die Verschmelzung durch Aufnahme. Da die Aktionäre der übertragenden Aktiengesellschaft die Anteile erhalten und das Gesetz zur Wahrnehmung dieser Interessen einen Treuhänder eingeschaltet hat (§ 346 (240) Abs. 2), kann der Bank nur noch die Funk-

tion des Treuhänders übertragen werden. Für diese Tätigkeit muß der Bank dann eine Bonifikation gewährt werden.

b) Die Forderung als Einlage

Geld- und Sachforderungen sind unbeschränkt einlagefähig, sei es, daß sie gegen Dritte, sei es, daß sie gegen die Gesellschaft selbst gerichtet sind. Im ersten Falle fließt der Gesellschaft unbedenklich ein Wert zu, der dem Zugriff der Gläubiger offensteht; im zweiten Falle könnte man dagegen Bedenken haben. Jedoch liegt dem folgender Vorgang zugrunde: Die Forderung, gegen die Gesellschaft gerichtet, wird in ihr Vermögen eingebracht. Ist bei Nichtvorhandensein der Forderung der Einleger zur Leistung der Einlage in bar verpflichtet, so braucht er im anderen Falle diese Leistung nicht zu erbringen, sondern verzichtet auf die Zahlung einer Schuld durch die Gesellschaft in bar und läßt sich stattdessen Anteile der Aktiengesellschaft geben. Die Schuld als Passivum in der Bilanz verwandelt sich in erhöhtes Grundkapital auf der Passivseite der Bilanz. Die Schuld erlischt durch Konfusion oder Erlaßvertrag. Diese Einbringung kann nur im Wege der Vereinbarung erfolgen und auch dann nur in einer Höhe, der der wirkliche Wert der einzubringenden Forderung im Zeitpunkt der Einbringung entspricht [1]. Ob eine Aufrechnung oder eine Sacheinlagevereinbarung vorliegt, hängt davon ab, ob sich die Gegenüberstellung der Forderungen rein zufällig ergeben hat oder bewußt gestaltet ist [2]. Im ersten Falle liegt eine Aufrechnungslage vor, da der Wille der Parteien offensichtlich nicht auf diese

---

1) Fischer in Grossk., § 60 Anm. 18, 11; Teichmann-Koehler, § 60 Anm. 2; Schlegelberger-Quassowski, Anm. 6; RG 18, 1; 94, 61 (63); 134, 262 (268).

2) Lutter, S.240 Fn. 92.

Maßnahme zielte; im zweiten Falle ist nach dem Willen der Parteien die Einlage gewollt. Kriterium für die Feststellung dieses Willens ist in der Regel die Aufnahme der Vereinbarung in den Kapitalerhöhungsbeschluß gemäß § 183 (150).

c) Die Fälligkeit der Sacheinlage

Der Zeitpunkt der Fälligkeit einer Sacheinlage ist im Aktiengesetz nicht ausdrücklich bestimmt. Die Bestimmung des § 36 (28) Abs. 2, die auf den § 188 (155) Abs. 2 für den Fall der Kapitalerhöhung verweist, läßt die Anmeldung erst zu, wenn auf jede Aktie der eingeforderte Mindestbetrag ordnungsgemäß eingezahlt worden ist, "soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind". Diese Formulierung des Gesetzes schließt die Leistung der Sacheinlagen von der Bestimmung über die Mindesteinlage ausdrücklich aus, so daß der überwiegenden Ansicht, damit könne der Fälligkeitszeitpunkt der Leistung der Sacheinlage willkürlich bestimmt werden, zuzustimmen ist [1]. Die entgegengesetzte Ansicht Schnorr v. Carolsfelds [2] mit der Begründung, das Wort "Betrag" sei der Oberbegriff über Geld- und Sacheinlagen, widerspricht dem o.a. ausdrücklichen Wortlaut als auch dem Sinn der Bestimmung [3].

Die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes trifft grundsätzlich die Hauptversammlung im Beschluß über die Kapitalerhöhung, da sie zur Entscheidung über die Bedingungen der Sacheinlage berufen ist, § 183 (150). Ist diese

---

1) Vgl. Fischer in Grossk., § 28 Anm. 16 ff.; Ritter, § 28 Anm. 5; v. Godin-Wilhelmi, § 36 Anm. 12 (2. Aufl. § 28 Anm. 11); Baumbach-Hueck, § 26 Anm. 7 (12. Aufl. § 28 Anm. 3 C); Schlegelberger-Quassowski, Anm. 5; Lutter, S.251; KG OLGE 27, 345 bei Fischer in Grossk., aaO.

2) DNotZ 1963, 413.

3) Lutter, S.251.

Festsetzung im Kapitalerhöhungsbeschluß nicht enthalten, liegen die weiteren Maßnahmen in den Händen des Vorstandes als des zur Geschäftsführung berechtigten Organes.

d) Der Wert der Sacheinlage

Das Aktiengesetz enthält keine ausdrückliche Vorschrift, daß die Sacheinlage zu bewerten ist. Es finden sich nur vereinzelte Vorschriften, die auf diesen Grundsatz hinweisen:

Abgesehen von der bereits erwähnten Vorschrift, daß der Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der der Gegenstand erworben werden soll, sowie der Nennbetrag der für den Gegenstand zu gewährenden Aktien in der Satzung festgelegt werden müssen, ist für die Gründung und Kapitalerhöhung weiterhin eine Überprüfung durch das Registergericht vorgesehen, §§ 184 (151) Abs. 3, 188 (155) Abs. 4, 195 (162) Abs. 3.

Gemäß § 32 (24) Abs. 2 sind im Gründungsbericht die wesentlichen Umstände darzulegen, aus denen sich die Angemessenheit der für die eingelegten Gegenstände gewährten Leistungen ergibt. Für die Gründung bestimmt auch die Vorschrift des § 34 (26) Abs. 1 Ziff. 2, daß die für eingelegte Gegenstände gewährten Leistungen auf ihre Angemessenheit von Gründungsprüfern zu überprüfen sind.

Zwar kann aus diesen Vorschriften noch nicht auf die Verpflichtung zur Vornahme der Bewertung bei Gründung und Kapitalerhöhung geschlossen werden; jedoch ergibt sich aus den o.a. Vorschriften, daß der Nennbetrag oder Ausgabewert der Aktien in einem angemessenen Verhältnis zu dem Wert der Sacheinlage festgesetzt werden muß. Dieses gesetzliche Postulat setzt notwendig die Bewertung der Gegenstände als Bestandteil des Einbringungsvertrages bei

der Gründung voraus [1].

Die Bestimmungen über den Gründungsbericht und die Gründungsprüfung sind zwar bei der Kapitalerhöhung nicht anwendbar; jedoch hat der Gesetzgeber nur deswegen von diesen Erfordernissen abgesehen, um die Durchführung der Kapitalerhöhung nicht zu sehr zu erschweren [2].

Vereinbarung und Einbringung der Sacheinlage gleichen sich sonst bei der Gründung und Kapitalerhöhung völlig. Da auch bei der Kapitalerhöhung vor der Zeichnung und Ausgabe der Aktien eine Vereinbarung über die Leistung einer Sacheinlage getroffen, der Nennwert der dafür zu gewährenden Aktien und auch der Mindestbetrag, für den die Aktien ausgegeben werden sollen, festzusetzen ist, muß dem die Feststellung des Wertes der Sacheinlage vorausgehen. Das ergibt sich ferner aus der Berechtigung des Gerichts, die Angemessenheit der Bewertung nachzuprüfen.

IV. Das Verhältnis von Bar- und Sacheinlage

Heftig umstritten ist, in welchem rechtlichen Verhältnis die Vereinbarung über die Sacheinlage zu der über die Bareinlage steht. Lange Zeit hatte sich die Ansicht durchgesetzt, Sach- und Bareinlage stünden gleichberechtigt nebeneinander [3]. In neuerer Zeit lebte aber der Gedanke wie-

---

1) Ballerstedt, S.75.

2) Amtl. Begr. 1937, RA Nr. 28.

3) Vgl. Crissolli, ZHR 93, 227, der diesen Standpunkt als selbstverständlich voraussetzt. Die abweichende Ansicht des Königlich Preußischen Obertribunals Bd. 73, 139 sowie 75, 164, zit. bei Lange, S.31 f., ferner von Renaud, S.753 und der Motive 1883, S.148 galten seit den Ausführungen Wieners, ZHR 25, S.48 Anm. 30, denen sich die Lit. und Rspr. anschlossen, als überwunden.

der auf, das Sacheinlagegeschäft als Hilfsgeschäft zum Bareinlagegeschäft [1] bzw. als Geschäft an Erfüllung statt (datio in solutum) zu verstehen [2].

Diese letztere Ansicht wurde auch aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 2 S.2 AktG 1937 begründet [3], nach dem bei unwirksamer Sacheinlagevereinbarung mangels Aufnahme in die Satzung der Aktionär verpflichtet bleibt, den Nennwert oder höheren Ausgabebetrag einzuzahlen [4].

Der Begründung Lutters aus dem Wortlaut dieser Bestimmung kann unter dem geltenden Aktienrecht keine Bedeutung mehr zugemessen werden. Denn die Formulierung "bleibt verpflichtet" ist ersetzt worden durch die Worte "ist verpflichtet". Schon aus diesem Grunde -abgesehen von den Bedenken, eine derart weitgehende Folgerung allein aus dem Wortlaut der Bestimmung ziehen zu wollen- läßt sich die entsprechende Bestimmung des neuen Aktiengesetzes (§ 27 Abs. 2 S.2) [5] nicht mehr ohne weiteres in diesem Sinne interpretieren.

Abzulehnen ist aber auch die Begründung Manns [6]. Er geht davon aus, daß bei dem Sacheinlagengeschäft neben die Übernahme- bzw. Zeichnungserklärung und die sich daraus ergebenden Verträge gleichberechtigt die Sacheinlagevereinbarung trete. Sei diese unwirksam oder werde aus der

---

1) Mann, S.58 ff.

2) Würdinger, § 12 I 2b, § 9 II 2a (Aktienrecht § 11 II 2, § 8 II 2).

3) Lutter, S.269; Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 15.

4) Entsprechendes gilt für § 150 Abs. 2 S.3 AktG. 1937 bei der Kapitalerhöhung.

5) § 183 Abs. 2 S.3 bei der Kapitalerhöhung.

6) S.59, 62 aaO.

Vereinbarung nicht erfüllt, so bleibe immer noch die Erklärung, Aktien übernehmen zu wollen. Daraus folge dann die Verpflichtung, die Einlage in bar zu erbringen.

Die Ansicht ist bereits früher heftig bekämpft worden [1], allerdings aus dem Gedanken heraus, die Übernahme und Zeichnung und somit auch die Sacheinlageverpflichtung seien einseitige Rechtsgeschäfte (i.S. der Gesamtaktstheorie v. Gierkes). Wenn dieser Theorie nach neuerer Lehre auch nicht gefolgt werden kann, so ist doch richtig, die Sacheinlagevereinbarung als Teil des Übernahme- und Zeichnungsvertrages aufzufassen. Denn die vor der Zeichnung getroffene und in den Kapitalerhöhungsbeschluß aufgenommene Sacheinlagevereinbarung wird in den Zeichnungsschein aufgenommen. Der Zeichnungsschein beinhaltet die Zeichnungserklärung in bestimmter Form, die das Vertragsangebot des Zeichners auf Übernahme der Aktien (gegen Leistung einer Sacheinlage) enthält. Die Annahme dieser formgerechten Offerte beinhaltet zugleich die wirksame Annahme des Leistungsangebots der Sacheinlage. Eine Änderung in der Begründung der o.a. Ansichten tritt folglich durch die Bejahung der Vertragsnatur der Zeichnung (neben derjenigen der sonstigen Folgen der Erklärung) nicht ein.

In einem Punkte ist Mann allerdings recht zu geben: Die Vereinbarung über die Leistung einer Sacheinlage muß ausdrücklich getroffen werden, während das bei der Bareinlage nicht der Fall ist. Die Bareinlage ist stets dann zu leisten, wenn wirksame Vereinbarungen über die Sacheinlage nicht getroffen worden sind. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes "soweit nicht in der Sat-

---

1) Lange, S.41 ff.; Freytag, S.18 ff.

zung (bzw. dem Kapitalerhöhungsbeschluß) Sacheinlagen bedungen sind", (§ 54 (49) Abs. 2). Das Gesetz macht die Verpflichtung zur Bareinlage primär zum Inhalt des Zeichnungsvertrages, so daß die Erklärung des Zeichners, Geld einlegen zu wollen, nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht [1]. Soll die Bareinlagepflicht nicht gelten, muß eine andere Vereinbarung getroffen und in die Satzung (bzw. den Beschluß über die Kapitalerhöhung) aufgenommen werden. Nur insoweit kann davon gesprochen werden, daß "primär" eine Bareinlage, "sekundär" eine Sacheinlage zu leisten sei. Sind die vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen für das Wirksamwerden einer Sacheinlageverpflichtung erfüllt, so ist diese als selbständig und unabhängig von der Bareinlageverpflichtung zu bewerten. Bar- und Sacheinlage stehen als gleichberechtigte Einbringungsformen nebeneinander. Die Ermittlung des Wertes der Sacheinlage ist demzufolge lediglich mit dem Zweck verbunden, die Gegenleistung in Aktien festzulegen [2]. Nach dem Prinzip der Nennwert- oder Summenaktie muß der Wert der Beteiligung ermittelt werden, um ihn auf die einzelnen Aktien gemäß dem Nenn- oder höheren Ausgabebetrag umlegen und so die Höhe der Beteiligung ermitteln zu können.

Dieses Ergebnis ist auch aus anderen Gründen sachgemäß:

Aus den Bestimmungen der §§27 (20) Abs. 1, 54 (49) Abs. 2, 183 (150) Abs. 1 folgt der Grundsatz, daß die Sacheinlageverpflichtung an die Stelle der Verpflichtung zur Leistung einer Bareinlage tritt, wenn ihre wesentlichen Merkmale in die Satzung oder den Erhöhungsbeschluß auf-

---

1) Mann, S.64 f.; Lange, aaO. (dem Sinne nach).

2) v. Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 2 (2. Aufl. § 20 Anm. 1); Lange, S.42 f.

genommen worden sind. Ist das nicht der Fall, tritt eine wirksame Ersetzung nicht ein, vielmehr besteht für den Zeichner nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister die Pflicht, die Einlage in bar zu leisten. Ist der erste Grundsatz eine allgemeine Regelung, die generell eine Abgrenzung der Wirksamkeit entweder einer Sach- oder aber einer Bareinlagevereinbarung enthält und deren Folgen sich nach allgemein bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen sowie den Vorschriften über die Gründerhaftung bemessen, so ist die o.a. Folgenregelung auf den speziellen Fall der Unwirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung beschränkt. Diese Regelung stellt also einen Ausnahmegrundsatz auf. Eine Ausnahmeregelung kann jedoch nur dann die allgemeine Regelung verdrängen, wenn sie ausdrücklich normiert worden ist [1], d.h. bei einer im übrigen entgegenstehenden Regelung bleibt sie auf den geregelten Fall beschränkt.

§ 8: Die Garantiehaftung des Sacheinlegers

I. Das Sacheinlagegeschäft als "datio in solutum" bzw. "Hilfsgeschäft" im Verhältnis zum Bareinlagegeschäft

Das Unzutreffende der Ansicht, das Sacheinlagegeschäft als "datio in solutum" [2] bzw. "Hilfsgeschäft" [3] zum Barein-

---

1) So Lutter, S.282 Fn. 292; i.E. ebenso Schürmann, S. 136, der es auf die eingehende Begründung stützt, das Erfordernis der Deckung der Kapitalgrundlage rufe konkretisierbare Pflichten hervor, rechtfertige es aber nicht, bestimmte nach der gesetzlichen Systematik aufgestellte Pflichtmaßstäbe (Verschulden) zu überspringen.

2) S.o. S.116 ff. d.A.

3) S.o. S.116 ff. d.A.

lagegeschäft (entsprechend der Regelung des § 364 Abs. 2 BGB im rechtsgeschäftlich-schuldrechtlichen Bereich) aufzufassen, ist bereits dargelegt worden: Die entsprechenden aktienrechtlichen Vorschriften enthalten eine andere Wertung als der der bürgerlich-rechtlichen Vorschrift zugrundeliegende Gedanke.

Hier ist noch auf die Folgen dieser Ablehnung einzugehen. Die Ansicht Würdingers und Manns führte zu der Konsequenz, eine subsidiäre Bareinlagepflicht des Inferenten zu bejahen. Wird aus irgendeinem Grunde die Verpflichtung zur Sacheinlage nicht erfüllt, sei es, daß die Sacheinlagevereinbarung wegen Formfehlers oder anfänglicher Unmöglichkeit nichtig ist, sei es, daß die Einlage wegen nachträglich eingetretener Unmöglichkeit nicht erbracht werden konnte oder dem Gegenstand ein Fehler anhaftet, der seinen Wert mindert, so tritt in Höhe des Ausfalls die Verpflichtung der Leistung in bar ein [1]. Sicherlich wäre damit zugunsten der Aktiengesellschaft die lückenlose Aufbringung der Einlagen gewährleistet; jedoch läßt sich diese Folgerung mit der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Ansicht, die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage bestehe nur, wenn in der Satzung keine Sacheinlagen bedungen seien, nicht vereinbaren [2].

II. Garantiehaftung und Verbot der Unterpariemission

Herbig [3] will das Verbot der Unterpariemission, § 9 Abs. 1, nicht nur bei Bar-, sondern auch bei Sacheinlagen an-

---

1) Vgl. § 364 Abs. 2 BGB sowie Mann, S.58 ff.

2) Lutter, S.282 Fn. 292; Schürmann, aaO.

3) DNotZ 36, 332 ff.

gewendet wissen. Auch diese Vorschrift solle nach Möglichkeit die Gewähr dafür schaffen, daß das Grundkapital für das Unternehmen in ausreichender Höhe auch wirklich zur Verfügung stehe. Diesen Zweck könne die Vorschrift nur dann erfüllen, wenn sie auch auf Sacheinlagen angewendet werde. Nehme man ferner an, daß die Vorschriften, die eine Aufnahme der Vereinbarung über die Sacheinlage in den Gesellschaftsvertrag, einen Gründungsbericht und eine Gründungsprüfung vorschreiben, den Zweck hätten, die Nachprüfung des Verbotes zu ermöglichen, so sei ein Gesellschaftsvertrag, in dem die Hingabe von Aktien für minderwertige Sacheinlagen vorgesehen sei, nach § 134 BGB nichtig. Diese Nichtigkeit werden den Registerrichter veranlassen, die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen [1].

Aus dieser Ansicht, das Verbot der Unterpariemission als Garantie der Übereinstimmung von Kapitalziffer und tatsächlicher Einlage anzusehen, hat man allgemein gefolgert, daß, erfolge dennoch eine Eintragung, der Inferent den Differenzbetrag zwischen Nennwert der Aktie und tatsächlich eingebrachtem Wert in bar zu zahlen habe [2].

Dem kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden. Zwar besteht kein Anlaß, an der Auffassung des Verbots der Unterpariemission als Garantie für den materiellen Bestand des Grundkapitals zu zweifeln, und zwar auch dann nicht, wenn aus der Überbewertung von Sacheinlagen auf eine Verletzung dieses gesetzlichen Grundsatzes geschlossen wird [3].

---

1) Herbig, aaO. S.340, 341.

2) Schlegelberger-Quassowski, § 9 Anm. 5; Baumbach-Hueck, § 9 Anm. 2; Siebel, S.39; Teichmann-Koehler, § 9 Anm. 1; Ritter, § 9 Anm. 2; Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk., § 9 Anm. 5.

3) Diese Überbewertung muß offensichtlich gesunden kaufmännischen Grundsätzen widersprechen, BGH 29, 300, Herbig, aaO., da wegen der Schwierigkeiten der Feststellung des Wertes einer Sacheinlage nicht jede Überbewertung unstreitig als solche bezeichnet werden kann.

Jedoch ist es nicht richtig, diese Auffassung allein aus der Erwägung heraus zu rechtfertigen, daß der Schutz der öffentlichen Interessen gewährleistet sein müsse [1]. Vielmehr ist auch hier auf die Funktionen, mit denen das Grundkapital ausgestattet ist [2], zurückzugreifen: Die Funktion als Garantiefonds zugunsten der Gläubiger sowie als Betriebsfonds der Gesellschaft darf dabei ebensowenig unterschätzt werden, wie man das Interesse der Öffentlichkeit nicht überschätzen darf. Wesentlich ist allein die im Gesetz zum Ausdruck gekommene objektive Bewertung der Interessenlagen [3], und diese geht hier auf die Funktionen des Grundkapitals zurück. Die Funktionen zeigen gerade, daß von Gesetzes wegen eine möglichst vollständige tatsächliche Aufbringung des Grundkapitals angestrebt wird mit dem Ziel, daß Anfangsvermögen und Grundkapitalziffer nicht nur formell, sondern auch materiell einander entsprechen. Die Folgerung einer allgemeinen Garantiehaftung des Inferenten aus dieser Auffassung ist aber abzulehnen. Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 beinhaltet nur, daß die Ausgabe der Anteile nicht zu einem geringeren als dem Nennbetrag erfolgen darf. Dieses gesetzgeberische Postulat kann lediglich im Sinne eines Verbots ausgelegt werden [4], ohne daß daraus weitergehende Folgen abzuleiten sind. An den Garantiecharakter der Vorschrift, die auf bewußte Gestaltung einer Sachlage abstellt und somit voraussetzt, daß es sich bei dem Vorgang der Unterpariemission um einen bewußten Vorgang handelt [5], sind also Nichtigkeitsfolgen, nicht aber Haftungsfolgen zu knüp-

---

1) So Herbig, aaO.; dagegen Schürmann, S.127, 130.

2) S.S.33 ff. d.A.

3) Westermann, Interessenkollisionen, S.4; Larenz, Methodenlehre, S.239; BVerfG 1, 299.

4) So hat es auch Herbig, aaO. getan.

5) Lutter, S.280.

fen [1].

Haftungsfolgen im Sinne einer Werthaftung bringt das Gesetz in der Vorschrift des § 27 (20) [2] zum Ausdruck. Der Fall der Unterpariemission bei Sacheinlagen unterliegt auch insoweit dieser Vorschrift, als der Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien in die Satzung [3] aufgenommen werden müssen. Hingegen regelt diese Vorschrift, die eine Ausnahmeregelung darstellt und als Prinzip in das geltende Aktienrecht keinen Eingang gefunden hat [4], nicht die Folgen einer Unterbewertung der Sacheinlage, die dazu führt, daß der Wert der Sacheinlage geringer ist als der Nennbetrag der auszugebenden Aktien.

Das Gesetz spricht hier eine unterschiedliche Wertung aus: Sind die in das Gesetz aufgenommenen Essentialien der Sacheinlagevereinbarung nicht in die Satzung oder den Kapitalerhöhungsbeschluß aufgenommen, ist die Vereinbarung im Falle der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister unwirksam, die Einlage ist in bar zu leisten [5]. Ist hingegen die Sacheinlage zu hoch bewertet worden und führt das zu einer Unterpariemission, ist -weitergehend- die Zeichnung der Aktien unwirksam. Als Folge schließt sich

---

1) Das folgt aus § 134 BGB. - Die Haftungsfolgen lassen sich nur aus der Konstruktion einer "Kapitaldeckungszusage" herleiten; so ist auch die Ansicht der auf S. 122 Ziff. 2 genannten Autoren auszulegen.

2) Bei der Kapitalerhöhung § 183 (150). - Zur Analyse der zum Inhalt dieser Vorschrift gehörigen Bewertungsfaktoren vgl. S.129 ff., 131 f. d.A.

3) Bei der Kapitalerhöhung in den Kapitalerhöhungsbeschluß.

4) Vgl. dazu S.119 f. d.A.

5) Vgl. i.e. S.119 f. d.A.

in diesem Falle die im Gesetz normierte Haftung an, soweit deren Voraussetzungen erfüllt sind: Das sind die auf dem Verschuldensprinzip beruhenden Vorschriften über die Gründerhaftung, über die Haftung der Organe der Aktiengesellschaft sowie die im allgemeinen bürgerlichen Recht enthaltenen, ebenfalls auf dem Verschuldensprinzip beruhenden Vorschriften.

III. Die Konstruktion einer "Kapitaldeckungszusage"

Für den Fall der Sacheinlage ist eine Werthaftung des Inferenten aus der Annahme einer sog. "Kapitaldeckungszusage" konstruiert worden [1]. Die Kapitalgrundlage sei in der Satzung festgelegt und gegenüber der Öffentlichkeit verlautbart. Sei der Inferent verpflichtet, eine Sacheinlage zu erbringen, so liege in der Verpflichtung zur Leistung der Sacheinlage zugleich ein Kapitaldekkungsversprechen [2]. Diese Ansicht Boesebecks, für den Fall der Minderung, Wandlung und Überbewertung von Sacheinlagen vertreten, ist inzwischen auf alle Fälle ausgedehnt worden, in denen der Aktiengesellschaft der Wert der Einlage aus irgendeinem Grunde, sei es der Nichtigkeit des Sacheinlageversprechens, der Unmöglichkeit o.ä., nicht zufließt [3].

Der Bundesgerichtshof [4] hat die Konstruktion einer Kapitaldeckungszusage auf die Überbewertung von Sacheinlagen und hier auf den Fall beschränkt, daß die Bewertung der Sacheinlage offensichtlich gesunden kaufmännischen Grundsätzen widerspricht, ohne daß sie unsittlich zu sein braucht.

---

1) Boesebeck, DR 1939, S.434 in Anm. zu RG, DR 39, 431.

2) Boesebeck, aaO. S.435 f.

3) Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk., § 9 Anm. 5; Fischer in Grossk., § 20 Anm. 14 ff.

4) BGH 29, S.300, 306.

Die Konstruktion einer "Kapitaldeckungszusage", die zur Werthaftung des Inferenten führt, ist abzulehnen. Sie ist im allgemeinen von Boesebeck übernommen worden, ohne daß man die Grundlagen, auf denen sie beruht, einer kritischen Würdigung unterzogen hätte.

Faßt man die "Kapitaldeckungszusage" Boesebecks als selbständige Willenserklärung auf, so wird eine Erklärung unterstellt, die in der Regel als solche nicht vorhanden ist [1]. Leitet man dagegen diese Zusage aus der Verpflichtung zur Leistung der Einlage ab, so ist eine Anknüpfung an den objektiven Erklärungsinhalt gegeben. Sie setzt voraus, daß die Willenserklärung als "Sozialakt" aufgefaßt wird [2], die Auslegung nicht nur als Erforschung des Willens der Parteien, sondern auch als Wertung eines sozialen Verhaltens nach dem Maßstab von Treu und Glauben anzusehen ist [3]. Die Konstruktionsversuche bewegen sich im Bereich der Fiktionen [4], da bestimmte Wertungen in den subjektiven oder objektiven Begriff der rechtsgeschäftlichen Erklärung aufgenommen werden. Selbst wenn man dieser Auslegungsmethode, gegen die erhebliche Bedenken erhoben worden sind [5], folgt, so muß doch immer eine Orientierung an der gesetzlichen Regelung des Rechtsbereichs, in dem die Auslegung vorgenommen wird, erfolgen [6]. Der objektive Gehalt einer Willenserklärung kann demzufolge nicht weitergehen, als die im Gesetz zum Ausdruck gebrachte Wertung ergibt. Es ist bereits erörtert worden, daß im Aktiengesetz eine Werthaftung des Inferenten ohne

---

1) Lutter, S.281.

2) Hübner, Festschr. f. Nipperdey, Bd. I 1965, 373 ff.

3) So Soergel-Siebert, § 157 Anm. 7.

4) Soergel-Siebert, aaO.; sie wird als die normativtypische Auslegungsmethode bezeichnet.

5) Hübner, aaO. S.374; gegen diese Fiktionen auch Flume, AcP 161, 52 ff.; Rechtsgesch., S.135 ff.; Raiser, Festschr. S.101 ff.

6) Lutter, S.282; im Grunde ebenso Schürmann, S.129 f.

Verschulden nur für den Fall vorgesehen ist, daß die wesentlichen Merkmale einer Sacheinlagevereinbarung nicht in die Satzung aufgenommen worden sind. Im übrigen geht das Aktienrecht, soweit im Hinblick auf den Sacheinleger eine Haftung geregelt worden ist, von dem Erfordernis des Verschuldens aus.

Zwar wird der Beitrittserklärung aus der besonderen Interessenlage der Gesellschaftsform heraus ein Charakter zugemessen, der ihre Wirksamkeit unter bestimmten Voraussetzungen (Eintragung der Gesellschaft oder Kapitalerhöhung in das Handelsregister) garantiert. Hier enthält aber das Aktienrecht auch eine entsprechende Wertung in der Form, daß die Errichtung einer Aktiengesellschaft oder die Durchführung einer Kapitalerhöhung rückgängig gemacht werden kann.

Wenn nun Boesebeck seine "Deckungszusage" auf die "Erklärung an die Öffentlichkeit" gründet, so dehnt er die Bewertung der Interessenlagen, die für die Beitrittserklärungen aus dem Gesetz abgeleitet werden kann, auf die haftungsrechtliche Seite des Gründungs- bzw. Erhöhungsvorgangs aus. Dem liegt aber, wie sich schon an dem Beispiel Manns [1] erwiesen hat, eine Auffassung zugrunde, die die Beitrittsvereinbarung einerseits und die Bareinlageverpflichtung andererseits dann nicht genügend voneinander lösen, wenn eine Vereinbarung über eine Sacheinlage getroffen wird. Denn eine wirksame Sacheinlagevereinbarung läßt die -bei fehlender Vereinbarung entstehende- Bareinlageverpflichtung gar nicht entstehen, unabhängig davon, daß die Aktien übernommen worden sind und die entsprechende Erklärung nicht beseitigt werden kann.

Natürlich kann eine Vereinbarung derart, daß bei einem

---

1) AaO. S.57 ff.

Ausfall der Sacheinlage an deren Stelle ein Wertersatz in Geld tritt, vereinbart werden. Aber diese Folgerung aus der Beitrittserklärung zu ziehen, so daß mit dieser der Beitretende seine privaten Interessen zugunsten der Öffentlichkeit zurückstellt, geht aus einem Rechtsdenken hervor, das in einen allgemeinen Subjektivismus führt [1].

Die Ablehnung der Grundsätze der "Kapitaldeckungszusage" als Fiktion einer Willenserklärung und Überbetonung öffentlicher Interessen trifft ebenso auf die Sacheinlage bei der Kapitalerhöhung zu.

Aber auch der Gesichtspunkt des Grundsatzes der Verschuldenshaftung kann hier angeführt werden. Der Kapitalerhöhung sind, soweit es sich um die Kapitalaufbringung handelt, die im Gründungsvorgang enthaltenen Elemente beigegeben worden. Gerade darauf aber bezieht sich die Haftung des Sacheinlegers, soweit sie für den Gründungsvorgang als Verschuldenshaftung geregelt worden ist, § 46 (39) Abs. 2. Es braucht hier nicht erörtert zu werden, ob die Kapitalerhöhung als Institut der Satzungsänderung oder als Gründungsvorgang anzusehen ist. Denn ist sie als Gründungsvorgang zu behandeln, finden die Gründerhaftungsvorschriften als reine Verschuldenshaftung unmittelbar Anwendung. Sieht man in ihr ein Institut der Satzungsänderung, kommt man ebenfalls zu dem Ergebnis, daß das Prinzip der Verschuldenshaftung auch für die Kapitalerhöhung gilt: Zwar kann man in diesem Falle nicht davon ausgehen, daß die Gründerhaftungsvorschriften auf den Kapitalerhöhungsvorgang unmittelbar angewandt

---

1) Flume, aaO. S.58 f.; Hübner, aaO.; Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S.110; Schürmann, S.127.

werden können [1]. Jedoch läßt sich a fortiori der Schluß ziehen, wenn schon die Haftung des Inferenten bei der Gründung als dem gefährlicheren Vorgang auf das Verschulden beschränkt bleibt, so kann bei der Kapitalerhöhung als dem weniger gefährlichen [2] Vorgang keine strengere Haftung in Form einer Garantiehaftung als Prinzip aufgestellt werden.

§ 9: Die Haftung des Sacheinlegers

I. Unwirksamkeit und Nichtigkeit der Sacheinlagevereinbarung

Soll eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlage durchgeführt werden, so knüpft das Gesetz an die Nichtaufnahme bestimmter vom Gesetz vorgeschriebener Merkmale die Unwirksamkeit der Vereinbarung sowie der Erfüllungshandlungen gegenüber der Gesellschaft. Der Registerrichter ist verpflichtet, die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung abzulehnen [3]. Erfolgt die Eintragung dennoch, so wird die Wirksamkeit nicht berührt; der Aktionär ist verpflichtet, den Nenn- oder höheren Ausgabebetrag in bar einzuzahlen, §§ 183 (150), 194 (161).

---

1) Vgl. Motive 1883, S.201 ff.; wird einerseits die Gefahr des Gründungsvorganges eingehend geschildert, so wird bei der Kapitalerhöhung nur festgestellt, daß es sich eigentlich um einen solchen Gründungsvorgang nicht handelt, daß hier höchstens die Aktiengesellschaft eine Gründung vornehme.

2) Das folgt einmal aus der unterschiedlichen rechtlichen Natur und wirtschaftlichen Beurteilung der Gründung und der Kapitalerhöhung (vgl. dazu S.155 ff. d.A.), zum anderen daraus, daß bei der Kapitalerhöhung nicht derart starke Interessengegensätze in einem Organ aufeinandertreffen wie bei der Gründung (vgl. dazu die Ausführungen auf S.169 ff., 185 ff. d.A.

3) Fischer in Grossk., § 31 Anm. 3; 150 Anm. 4; Schlegelberger-Quassowski, § 150 Anm. 7; Teichmann-Koehler, § 150 Anm. 3 - h.M.

Das Gesetz enthält für den speziellen Fall der Unwirksamkeit einer Sacheinlagevereinbarung eine Wertung: Es stellt das Erfordernis der Aufnahme bestimmter mit einer Sacheinlage zusammenhängender Merkmale in den Erhöhungsbeschluß auf. Es ist ein Teil der Kontrollmaßnahmen im Hinblick auf die Gefahren, die mit der Leistung einer Sacheinlage verbunden sind. Das Gesetz will unlautere Machenschaften durch die Aufstellung konkreter Rechtspflichten von vornherein unterbinden [1]. Nichterfüllung dieser Rechtspflichten hat Unwirksamkeit der Vereinbarung (sowie des Erfüllungsgeschäftes, soweit es bereits vorgenommen worden ist) zur Folge. Diesen Mangel bewertet das Gesetz so hoch, daß die Kapitalerhöhung unter diesen Umständen nicht erfolgen soll.

Wird die Kapitalerhöhung dennoch eingetragen, so geht das Gesetz von der Wirksamkeit der Erhöhung aus; die Interessen Dritter (Gläubiger, Bareinleger, Altaktionäre etc.) werden einem besonderen Schutz unterstellt, der nach der gesetzlichen Wertung höher zu veranschlagen ist als das Interesse an der Nichtigkeit der Kapitalerhöhung. Die Lösung dieses Interessenkonfliktes wird auf Kosten des Inferenten vorgenommen: Die Sacheinlage darf nicht geleistet werden (bzw. die erfolgte Leistung ist nichtig), vielmehr muß die Einlage in bar erbracht werden.

Im Falle der §§ 183, 194 (150, 161) kann das wegen der vom Gesetz sehr hoch veranschlagten, mit einer Sacheinlage verbundenen Gefahr nur durch die Leistung der Ein-

---

1) Das folgt notwendig aus dem im Normativsystem verankerten Gedanken, einen wirksamen Schutz durch Publizität zu errichten, in den die Aufnahme eines Gegenstandes in die Satzung einmündet. Dieser Schutz ist wegen der besonderen Gefahr, die eine Sacheinlage mit sich bringt, erforderlich, vgl. statt aller Düringer-Hachenburg, § 186 Anm. 2 f.

lage in bar geschehen, selbst wenn die Sacheinlage bereits geleistet ist. Ist die Sacheinlage jedoch in den Erhöhungsbeschluß aufgenommen und war die zugrundeliegende Vereinbarung unwirksam, so kann eine Bar- oder Sacheinlage geleistet werden. Weigert sich der Inferent, die Sacheinlage zu erbringen, tritt die der gesetzlichen Regelung zugrundeliegende Interessenlage auf, daß die Schutzgrundlage "Grundkapital" nicht erlangt werden kann. Daher ist auch in diesem Fall der Inferent verpflichtet, die Einlage in bar zu leisten.

Will man untersuchen, inwieweit andere Fälle der Unwirksamkeit und Nichtigkeit unter dem Aspekt dieser gesetzlichen Regelung gelöst werden können, so muß man sich an den gesetzlichen Bewertungsmaßstäben als "bestimmter, zum Inhalt der Norm gehöriger Bewertungsfaktoren" [1] orientieren: Gewährleistung des in den Grundkapitalfunktionen zum Ausdruck kommenden Interessenschutzes durch eine erhöhte Publizitätspflicht. Ist im konkreten Fall die Publizitätspflicht erfüllt, die Vereinbarung aber aus anderen Gründen unwirksam, so hängt die Entscheidung, den Gedanken der o.a. Bestimmungen auch hier anzuwenden, davon ab, ob der Schutz der Interessen eine solch weitgehende Regelung erfordert. Das ist zu bejahen, soweit Nichtigkeit der Vereinbarung infolge anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 BGB) vorliegt [2]. Denn die Einlageverpflichtung braucht in diesem Fall nicht erfüllt zu werden. Das würde jedoch alle Interessen, die

---

1) Westermann, Interessenkollisionen, S.4; Wesen und Grenzen, S.14 ff.; zustimmend Larenz, Methodenlehre, S.123 ff.

2) I.E. ebenso Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S.317; Fischer, § 20 Anm. 16; Baumbach-Hueck, § 27 Anm. 7 (12. Aufl. § 20 Anm. 2E); Lutter, S.269 Anm. 234; S.285; a.A. RG 68, 271 ff. (275 f.) (GmbH); a.A. v. Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 6 (2. Aufl. § 20 Anm. 1); Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 15.

mit der Eintragung der Erhöhung schutzbedürftig werden, verletzen. Durch die Verpflichtung, das Grundkapital in bar aufzubringen, ist dieser Schutz gewährleistet. Die Bewertung der Interessenlagen führt zu einer entsprechenden Anwendung des Rechtsgedankens: Mögen die Motive, die zur Annahme einer Nichtigkeit in beiden Fällen geführt haben, verschieden sein [1], das erklärte Ziel ist die Beseitigung der Vereinbarung. In diesem Punkt berühren sich beide Nichtigkeitsformen. Es entsteht ein Interessenkonflikt, der dem unmittelbar geregelten vergleichbar ist. Demgemäß kann auch die Lösung entsprechend der Regelung in den o.a. Bestimmungen erfolgen: Es hat eine Leistung in bar zu erfolgen.

Diese Verpflichtung stellt eine aus speziell körperschaftsrechtlichen Gesichtspunkten aufgestellte Werthaftung dar [2], die nicht auf Verschulden beruht. Im bürgerlichen Recht werden an die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nur in Ausnahmefällen Schadensersatzfolgen geknüpft; und wenn eine Haftung eintritt, so ist sie auf das Verschuldensprinzip beschränkt und gewährt grundsätzlich nur den Ersatz des Schadens, den der Verhandlungspartner im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat (sog. negatives Interesse). Eine solche Regelung würde den Anforderungen des Körperschaftsrechts in bestimmten Situationen [3] nicht mehr gerecht; denn hier sind nicht nur die Interessen der Vertragspartner, sondern auch die Drit-

---

1) Einmal ist es die Ausschaltung der mit der Sacheinlage verbundenen besonderen Gefahren, zum anderen die Erkenntnis, daß bei einer von vornherein bestehenden Leistungsfähigkeit die Aufrechterhaltung einer Vereinbarung ohne Sinn ist.

2) Ballerstedt, Kapital, S.75 f.; Schürmann, S.136; offenbar a.A. Lutter, aaO. S.282 Anm. 292.

3) Wenn ein gewisser Bestandschutz eingreift, nach erfolgter Eintragung: Lutter, S.280 gegen BGHZ 29, 300 ff.

ter zu beachten [1]. Das zeigt sich besonders deutlich bei der anfänglichen Unmöglichkeit (§ 306 BGB): Das Gesetz hält die Interessen des Vertragsgegners nur insoweit für schutzwert, als er im Vertrauen auf die Möglichkeit der Leistung (und somit die Gültigkeit des Vertrages) einen Schaden erlitten hat. Diese Verpflichtung zum Schadensersatz ist jedoch, da der Vertrag nichtig ist, keine vertragliche. Rechtsfolgen aus Vertrag ergeben sich überhaupt nicht; lediglich das Minimum des vorvertraglichen negativen Interesses wird geschützt. Für die Aktiengesellschaft als Vertragspartner genügt dieser Schutz nicht, denn an das Grundkapital als Konstruktionselement der Gesellschaft knüpfen sich die vom Zeitpunkt der Eintragung als schutzwert anerkannten Interessen Dritter. Dieser Schutz ist aber nur mit der Aufbringung des Kapitals gewährleistet, nicht mit dem Ersatz des negativen Schadens.

Für das Aktiengesetz ist damit ein Grundsatz im beschränkten Umfange anerkannt, der auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden kann und die Regelung des bürgerlichen Rechts verdrängt.

Soweit die Unwirksamkeit auf einem Formmangel beruht, kann diese harte Lösung des Gesetzes nur unter Einschränkungen übernommen werden. Ist die unwirksame Sacheinlagevereinbarung in den Kapitalerhöhungsbeschluß aufgenommen worden, liegt kein Grund vor, die Leistung der Sacheinlage zu verhindern. Denn besondere Gefahren müssen hier nicht mehr ausgeschaltet werden. Vielmehr steht es dem Inferenten offen, seine Einlage zu erbringen. Wenn auch das Gesetz of-

---

1) U.a. vor allem der Gläubiger, wie sich aus den Funktionen des Grundkapitals ergibt.

fensichtlich von einer wirksamen Vereinbarung oder einer solchen ausgeht, bei der die Absicht der Einlage feste Gestalt angenommen hat, so daß mit ihrer Verwirklichung bestimmt gerechnet werden kann [1], so ist diese Voraussetzung nicht zwingend. Vielmehr kann bei Leistungswilligkeit des Inferenten bei formnichtiger Vereinbarung die Sacheinlage ohne Verletzung des Schutzzweckes der §§ 183, 194 (150, 161) erbracht werden [2]. Der Einwand Fischers, die wegen Formmangels unwirksame und durch Erfüllung wirksam werdende Vereinbarung werde dann von der Unwirksamkeitsfolge dieser Bestimmungen nicht erfaßt, ist nicht stichhaltig. Denn wenn die Sacheinlagevereinbarung unwirksam, als solche aber dennoch in den Kapitalerhöhungsbeschluß unter Beachtung der aktienrechtlichen Erfordernisse aufgenommen worden ist, so sind die Interessen, deren Schutz sich aus den Funktionen des Grundkapitals ergibt, hinreichend gewahrt; denn die Merkmale, die nach dem Gesetz (§§ 183 (150), 194 (161)) wesentlich sind und demgemäß in den Erhöhungsbeschluß aufgenommen werden müssen, sind aufgeführt, so daß der Leistung der Sacheinlage Hinderungsgründe nicht entgegenstehen. Der Einleger ist zu ihrer Erbringung lediglich infolge Unwirksamkeit der Vereinbarung nicht verpflichtet. Weigert sich der Inferent, die Sacheinlage zu erbringen, weil ihn keine wirksame Verpflichtung trifft, gilt das oben im Hinblick auf die Nichtigkeit durch anfängliche Unmöglichkeit Erörterte.

---

1) v. Godin-Wilhelmi, § 20 Anm. 1 (2. Aufl.); Fischer aaO. Anm. 25; RG 121, 99 (102), 167, 99 (108); KG OLGE 43, 303 (305); KG, JW 1924, 199; JW 30, 2630.

2) Noch weiter gehen Heim, ZHR 108, 198 ff.; OLG Braunschweig, OLGE 43, 305; auch die unwirksame Vereinbarung soll zur direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen führen.

II. Wandelung und Minderung

Die Zulässigkeit der Geltendmachung der Rechte aus Wandelung oder Minderung wegen Leistung einer mangelhaften Sacheinlage ist umstritten [1]. Wurde die Wandelung früher weitgehend abgelehnt mit dem Hinweis, daß die Kapitalgrundlage der Gesellschaft durch Rückgewähr der Einlage beeinträchtigt werde [2], so wird in neuerer Zeit eine Wert- bzw. Wertdifferenzhaftung bei Sacheinlagen gefordert [3]. Dabei greift man teilweise auf den Gedanken der Kapitaldeckungszusage zurück, der Inferent habe die Leistung einer mangelfreien Sache zugesagt [4], teilweise wird der Werthaftungsgedanke der §§ 183 (150) Abs. 2, 194 (161) Abs. 2, 27 (20) Abs. 2 entsprechend angewendet [5].

Schönle [6] lehnt die Anwendbarkeit der Sachmängelhaftung ab, weil es den Sacheinlageverträgen als einseitig verpflichtenden Verträgen am genetischen Synallagma fehle.

---

1) Fischer in Grossk., § 20, Anm. 20; v. Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 52 (2. Aufl. § 20 Anm. 1); Teichmann-Koehler, § 20, 5d; Freytag, S.11 ; Staub-Pinner, § 186 Anm. 19; Bergmann, S.76; Pleuss, S.42; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 Anm. 41; Meidner, S.62 ff.; Domm, S.72 ff.; vgl. in der Rechtsprechung einerseits RG 68, 271; JW 02, 259; 08, 309; RG 86, 212; JW 34, 3196; RG 141, 204 (208), andererseits RG 84, 332; 100, 175.

2) Vgl. Rechtspr. unter Fn. 1.

3) Vgl. Fischer, aaO.; Mann, S.66 ff.; Lutter, S.285, 269 mit weiteren Literaturangaben; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 Anm. 45; s. auch die Angaben bei Schönle, NJW 65, 2134 Fn. 2.

4) So Fischer, aaO.; Baumbach-Hueck, § 27 Anm. 7 (2. Aufl. § 20 Anm. 2E); v. Godin-Wilhelmi, § 27 Anm. 5 (2. Aufl. § 20 Anm. 1).

5) Mann, S.66 ff.; Lutter, aaO.; Würdinger, § 12 I 2e (Aktienrecht, § 11 II 2d); Ritter, § 20 Anm. 2 f.

6) AaO. S.2134 ff.

Das Tatbestandserfordernis der Vergütungsgefahr sei nicht vorhanden, weil der Sacheinleger in Wirklichkeit nie von seiner Leistungsverpflichtung ohne Begründung einer Ersatzpflicht frei werde. Denn das mit der Übernahmeerklärung abgegebene Kapitaldeckungsversprechen bleibe voll wirksam, da die Übernahmeerklärung grundsätzlich nicht beseitigt werden könne.

Es ist bereits dargelegt worden [1], daß zwar die Übernahmeerklärung nicht beseitigt und in einem speziellen Fall nicht als nichtig angesehen werden kann, daß aber ohne aktienrechtliche Regelung bei Unwirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung keine rechtlichen Leistungsfolgen daran geknüpft werden können. Diese ergeben sich vielmehr aus dem bürgerlichen Recht, es sei denn, die Regelung der §§ 27 (20) bzw. 183, 194 (150, 161) läßt eine entsprechende Regelung zu. Die von Schönle geltendgemachten Bedenken gegen die Gewährleistungshaftung greifen bei dieser Betrachtungsweise nicht ein.

Ob der Gesellschaft das Recht der Wandelung oder Minderung bzw. beide Rechte zukommen, hängt vielmehr von der Abwägung der Interessen des Sacheinlegers und der Gesellschaft ab.

Unzulässig ist die Wandelung oder Minderung ohne Ausgleich in Geld. Denn das würde bei der Wandelung zur Rückgewähr der Einlage führen, die gem. § 66 (60) unzulässig ist. Die Minderung würde zwar keine Rückgewähr von Einlagen herbeiführen, jedoch würde sie die Rücknahme von Mitgliedschaftsrechten und eine Reduktion der Kapitalziffer um den geminderten Betrag bewirken. Die Erhaltung der Kapitalziffer ist ein im gesamten Aktien-

---

1) S.S.116 ff., 120 ff. d.A.

recht zum Ausdruck kommender Grundsatz; nur in ganz bestimmten Fällen darf das Grundkapital herabgesetzt werden [1]. Die Erhaltung der einmal geschaffenen Mitgliedschaft hängt eng mit diesem Grundsatz zusammen. Inwieweit kann nun der Gedanke der Werthaftung einen Ausgleich im Rahmen der Wandelung oder Minderung herbeiführen?

Die Sachmängelhaftung trägt grundsätzlich dem Gedanken Rechnung, daß die Parteien ihre Leistungen als wertgleich gelten lassen wollen [2], wofür eine entsprechende Leistungspflicht nicht normiert ist. Die Werthaftung ist also auch dem Gewährleistungsrecht fremd. Dennoch ist hier eine Norm im Hinblick auf einen Wertausgleich geschaffen und somit eine Beziehung zu dem Werthaftungsgedanken im Aktienrecht gegeben. Die besonderen o.a. Erfordernisse des Kapitalgesellschaftsrechts nach Eintragung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung lassen einen Wertausgleich im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nicht zu. Dieser Ausgleich könnte sich also lediglich durch die Werthaftung vollziehen. Durch deren Einführung in das Gewährleistungsrecht würde nur die Rechtsfolge einer Sonderregelung modifiziert, indem sie den speziellen Erfordernissen eines mit bestimmten Besonderheiten ausgestatteten Rechtsgebietes angepaßt wird. Das in den §§ 460, 462 BGB normierte Verschulden steht dem nicht entgegen. Denn im Gegensatz zu den Leistungsstörungsfällen gehört es nicht zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung der Geltendmachung eines Anspruches, das durch ausdrückliche gesetzliche Regelung abbedungen werden müßte, sondern es regelt im § 460 den Ausschluß der

---

1) Vgl. §§ 222 (175) ff., 229 (182) ff., 237 (192) ff.

2) Soergel-Ballerstedt, vor § 459 Anm. 5.

Gewährleistungshaftung des Verkäufers, im § 463 gewährt es einen über den Anspruch aus der Sachmängelhaftung hinausgehenden Schadensersatzanspruch.

Die Anwendbarkeit des Gedankens der Werthaftung bei der Sachmängelhaftung setzt voraus, daß die Interessenlagen hier ähnlich zu bewerten sind wie in den Fällen der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit der Sacheinlagenvereinbarung. Wandelung und Minderung führen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zur vollständigen bzw. teilweisen Aufhebung der Verpflichtung, die Gegenleistung für eine mangelhafte Leistung dem Vertragspartner zu erbringen oder zu belassen. Das Gemeinsame zwischen Nichtigkeit und durchgeführter Wandelung bzw. Minderung besteht folglich darin, daß eine vertragliche Verpflichtung zu leisten fehlt, während die Aktienrechte wirksam entstanden sind, sobald die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen worden ist. Jedoch ist auch hier zu fragen, inwieweit der Schutz der beteiligten Interessen es erfordert, eine Verpflichtung des Inferenten anzunehmen, in bar zu leisten. Der Gesellschaft ist durch Leistung der mangelhaften Sacheinlage ein Wert zugeflossen, der eine Kapitaldeckung in Höhe des Minderwertes bewirkt.

Wenn demgegenüber eingewandt wird, es handele sich schließlich um einen mangelhaften Gegenstand, den zu verwerten der Gesellschaft nicht zugemutet werden könne [1], so wird mit dieser Argumentation verkannt, daß sich der Wert der mangelhaften Sacheinlage ermitteln läßt und insoweit eine Grundkapitaldeckung dann vorhanden ist. Denn bei ordnungsgemäßer Bewertung müssen Wert und Gegenwert des mangelfreien Gegenstandes einander entsprechen [2], so daß sich

---

1) Fischer, aaO. § 20 Anm. 20.

2) Bondi, S.95; Schmalenbach, Finanzierungen, S.1-42.

bei Feststellung des Wertes der mangelhaften Sacheinlage zugleich die Errechnung des dafür zu erbringenden Gegenwertes ergibt (§ 472 BGB). Würde man der Gesellschaft das Recht der Wandelung zugestehen und den Inferenten auch in Höhe des Wertes der mangelhaften Sacheinlage zur Leistung in bar verpflichten, würde man über die Ziele des in dem Aktienrecht normierten Werthaftungsgedankens zu Lasten des Inferenten hinausgehen; denn den Inferenten zu verpflichten, die Einlage in bar zu leisten, rechtfertigt sich nur, wenn die Sacheinlage nicht mehr erbracht werden kann oder darf. Damit soll ein Mindestmaß an Schutz gewährleistet werden. Dieser Schutzgedanke trifft auf die Wandelung nicht mehr zu, da der Gesellschaft in Höhe des Minderwertes der mangelhaften Sacheinlage ein Wert zugeflossen ist, der eine Kapitaldeckung bewirkt. Eine vollständige Rückgängigmachung mit der Verpflichtung des Inferenten zur Barleistung wäre zu einseitig auf die Verfolgung der Interessen der Gesellschaft abgestellt. Dagegen kann ein Interessenausgleich durch die Minderung, gekoppelt mit einer Verpflichtung des Inferenten zur Barleistung, herbeigeführt werden; denn die Aufbringung des Grundkapitals ist in Form des minderwertigen Gegenstandes und der Ausgleichszahlung in bar gewährleistet, ohne daß der Inferent über Gebühr in Anspruch genommen wäre.

III. Die Haftung bei Leistungsstörungen

a) Unmöglichkeit

Die anfängliche Unmöglichkeit ist bereits erörtert worden. Das anfängliche Unvermögen wird hinsichtlich der sich aus ihm ergebenden Rechtsfolgen allgemein der nachträglichen Unmöglichkeit und dem nachträglichen Unvermö-

gen gleichgestellt [1], die wiederum untereinander kraft Gesetzes gleichzubehandeln sind (§ 275 BGB).

Gemäß §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1 BGB haftet der Verkäufer für den Bestand eines Rechts oder einer Forderung gemäß §§ 320 ff. BGB. Hier wird auch die anfängliche objektive Unmöglichkeit dem anfänglichen Unvermögen bzw. der nachträglichen Unmöglichkeit bzgl. der Haftungsfolgen gleichgestellt.

Die haftungsrechtlichen Folgen bei Unmöglichkeit und Unvermögen ergeben sich, da die Sacheinlagevereinbarung ein dem Tauschvertrag ähnlicher Verpflichtungsvertrag ist, aus §§ 323 ff. BGB, die über §§ 515, 440 BGB entsprechend anwendbar sind. Die Grundsätze der §§ 323 ff. BGB sind lediglich den Erfordernissen des Kapitalgesellschaftsrechts anzupassen [2].

In neuerer Zeit wird oft die Ansicht vertreten, daß der Gedanke der Werthaftung auch bei der Unmöglichkeit (dem Unvermögen) der Leistung gälte. Die Haftung dieser Art wird teilweise auf eine Kapitaldeckungszusage [3], teilweise darauf zurückgeführt, daß die Sacheinlage als datio in solutum [4] zur Bareinlage bzw. als deren Substitution [5] aufzufassen sei. Das Unzutreffende dieser Auffassungen ist bereits dargelegt worden [6].

---

1) Überwiegende Ansicht, bgl. statt aller Larenz, Schuldrecht I, § 7 II.

2) D.h. ein Rücktrittsrecht kann nicht gewährt werden, sondern nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung, RG JW 34, 3196 (unklar insofern Lutter, S.269 und 285).

3) Fischer, aaO. § 20 Anm. 17; Baumbach-Hueck, aaO.

4) Lutter, aaO. S.285; Würdinger, § 12 I 2d (Aktienrecht, § 11 II 2c).

5) Mann, S.66 ff.; vgl. auch die bei Freytag, S.18 Fn. 58 zit. ältere Literatur sowie Motive 1883, S.148.

6) Vgl. oben S.119 ff. d.A.

Trifft der Gedanke der Werthaftung nicht auch auf den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit und des ihr gleichzustellenden anfänglichen und nachträglich eintretenden Unvermögens zu?

Die Unmöglichkeit der Leistung stellt eine Vereitelung des Zweckes eines Schuldverhältnisses dar, das seiner Bestimmung nach auf die Befriedigung des Gläubigers gerichtet ist [1]. Die Zweckvereitelung wird, soweit dafür ein Verhalten des Leistungsschuldners in Betracht kommt, an dessen Verantwortlichkeit gemessen, die sich aus den §§ 276-279 BGB ergibt. Die Folgen der Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung dieses Schuldkorrektivs sind darauf abgestellt, die Interessen des Gläubigers so weit wie möglich zu wahren [2]. Die Interessen der Gläubiger im bürgerlichen Recht divergieren, wie sich schon bei der Regelung der Folgen aus der Nichtigkeit von vertraglichen Vereinbarungen gezeigt hat, erheblich von denen der Kapitalgesellschaft als Gläubiger [3]. Dennoch kann die vom Verschulden unabhängige Werthaftung auch im Kapitalgesellschaftsrecht nicht zum Maßstab bei der Bewertung der Folgen aus Unmöglichkeit gemacht werden. Die Werthaftung ist im Aktienrecht für einen speziellen Fall der Unwirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung eingeführt worden und kann nur auf Fälle angewandt werden, die in der Interessenlage gleichbewertet werden müssen, also Fälle, in denen eine Erfüllungswirkung aufgrund nichtwirksamer Vereinbarung nicht eintreten kann oder

---

1) Vgl. Soergel-Schmidt, vor § 241 Anm. 4; Larenz I, § 2 (S.21), § 19.

2) Larenz I, § 19 (vor I), § 21.

3) Vgl. die Ausführungen zum Grundkapital mit Sicherung der Interessen, S.27 ff. d.A.

bei denen, wie etwa der Minderung, nur die Rechtslage den besonderen Wertungen eines Sonderrechtsgebietes angepaßt zu werden braucht. Die Unmöglichkeit hat jedoch als Haftungsvoraussetzung das Verschulden. Es muß als Tatbestandsvoraussetzung erfüllt sein, soll eine Haftung aus dem Schuldverhältnis eintreten, das als Rahmen bei Eintritt der Unmöglichkeit bestehen bleibt, wobei nur die Verpflichtung zur Erfüllung in eine solche zum Schadensersatz umgewandelt wird [1]. Zwar kennt das bürgerliche Recht auch eine Garantiepflicht des Schuldners: So nach überwiegender Ansicht [2] für das anfängliche Leistungsvermögen des Schuldners, nach Ansicht der Motive [3] für das Verschulden der Erfüllungsgehilfen. Diese Garantieverpflichtungen stellen aber keinen allgemeinen Grundsatz dar, sondern durchbrechen die Regel des Verschuldensprinzips. Soll dieses abbedungen werden, so bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift [4].

Das Erfordernis der tatsächlichen Aufbringung des Grundkapitals ist zwar das erklärte Ziel des Gesetzgebers, das sich aus der Wertung der aktienrechtlichen Vorschriften ergibt. Dabei handelt es sich jedoch nur um ein allgemeines Postulat, aus dem im einzelnen gesetzlich normierte Verpflichtungen nicht hervorgehen. Es hat nicht die Kraft, das Verschuldensprinzip als konkrete tatbestandliche Vor-

---

1) Soergel-Schmidt, § 280 Anm. 1.

2) Larenz I, § 19 I, S.217.

3) Motive BGB II, S.30.

4) Lutter, S.282; vgl. Schürmann, S.28, für die Gründerhaftung: S.128 f., 136.

aussetzung einer Schadenshaftung abzubedingen [1].

b) Verzug

Die Regeln über den Schuldnerverzug (§§ 284 ff. BGB) können auf den Inferenten fast ohne Ausnahme angewendet werden. Denn sie lassen die Verpflichtung zur Leistung unberührt, so daß der Versuch, konstruktiv die Deckung der Grundkapitalziffer zu gewährleisten, nicht unternommen zu werden braucht.

Der durch die nicht rechtzeitige Leistung eingetretene Schaden (Verzugsschaden) ist der Gesellschaft zu ersetzen [2]. Die im bürgerlichen Recht gewährten Möglichkeiten, die Leistungsbewirkung zu beschleunigen (durch Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung), müssen auch der Gesellschaft zustehen. Ihr kann wie jedem Gläubiger ein allzu langes Warten nicht zugemutet werden; daher muß ihr das Recht zugesprochen werden, nach Ablauf der mit einer Ablehnungsandrohung verbundenen Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 326 Abs. 1 BGB) [3]. Dagegen ist der Rücktritt ausgeschlossen, weil eine solche Gestaltung der Rechtslage durch die Aktiengesellschaft die reale Deckung der Grundkapitalziffer vereiteln würde [4]. Entsprechend ist auch § 326 Abs. 1 BGB anwendbar, wenn die Leistung der Einlage infolge des Verzuges für die Gesellschaft ohne Interesse ist; hier kann ebenfalls

---

1) Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 10; v. Caemmerer, S.63; Larenz, aaO. weisen darauf hin, daß das Verschuldensprinzip nur durch ausdrückliche gesetzliche Regelung abbedungen werden kann. I.E. ebenso RG, JW 34, 3196 Nr. 6; RG 86, 210 (für Gewährleistung bei Forderungen).

2) Fischer, aaO. § 20 Anm. 18.

3) Ebenso Domm, S.32 f.; a.A. Meidner, S.57; RG, JW 34, 3196.

4) Vgl. die Stellungnahmen auf S.140 mit der Fn. 2 zitierten Lit. u. Rspr.

nur Schadensersatz wegen Nichterüllung verlangt werden, der ja zumindest (wenn kein darüber hinausgehender Schaden eingetreten ist) den Nenn- oder höheren Ausgabewert der Aktien deckt. Denn aus der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses folgt, daß hier nur die Grundsätze der Surrogationstheorie angewendet werden können [1].

c) Positive Forderungsverletzung

Die gemeinhin als positive Vertrags- (Forderungs-) verletzung bezeichneten Leistungsstörungen werden durch zwei Arten gekennzeichnet: Sie betreffen einmal die Fälle, in denen durch die Leistungsbewirkung zusätzlich ein Schaden auftritt, der durch die Lieferung eines einwandfreien Gegenstandes allein nicht behoben werden kann [2]; man spricht hier von "Begleitschäden" [3]. Zum anderen kann die Pflicht zur sorgsamen Leistung nicht beachtet worden sein, so daß eine sich aus dem Schuldverhältnis ergebende weitere Verhaltenspflicht verletzt worden ist [4]. Beide Arten können als Begleiterscheinungen bei der Leistung der Sacheinlage auftreten, die außerhalb der primären Leistungspflicht liegende Schädigungen verursachen können; sie betreffen jedoch nicht die Kapitalgrundlage. Mit der Charakterisierung dieser Sekundärpflichten als Verhaltenspflichten und Pflichten zur Vermeidung von Schäden aus Schlechterfüllung ist zugleich festgestellt, daß die ordnungsgemäße Bewertung der Sacheinlage nicht als Sekundärpflicht angesehen werden kann. Denn sie bezieht sich auf die ordnungsgemäße Fest-

---

1) Zu dieser Theorie vgl. Larenz I, § 21 II b; Oertmann, § 325 1 b; Fikentscher, § 44 III 3a.

2) Vgl. dazu Larenz I, § 23 I a; Esser, § 79, 1 ff.; Fikentscher, § 47; Enneccerus-Lehmann, § 55.

3) Larenz, aaO.; Leonhard, Allg. Teil, S.542; Fikentscher, aaO. I 1; E.-Lehmann, aaO. I 2; Esser, aaO. 1a.

4) Larenz, aaO.; Esser, aaO. 1b; E.-Lehmann, aaO. I 1.

setzung des Wertes eines Gegenstandes, nach dem sich der Nennwert der für die Sacheinlage zu gewährenden Aktienrechte bemißt. Sie ist vergleichbar mit den Betrachtungen, die im Rahmen der Verträge des bürgerlichen Rechtes der Erwerber über den Wert des zu leistenden Gegenstandes anstellt, um nicht übervorteilt zu werden. Sie ist also nicht hier, sondern erst bei den Pflichten aus vorvertraglichen Verhandlungen zu erörtern.

d) Culpa in contrahendo

Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß Parteien, die in Vertragsverhandlungen eingetreten sind, gewisse Sorgfalts- und Aufklärungspflichten obliegen [1]. Der Grund liegt in der Entstehung eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses, das rechtlich relevant wird, sobald die Ernsthaftigkeit der Verhandlungsbereitschaft erkennbar wird; denn damit wird das Vertrauen des anderen Teils in Anspruch genommen. Es handelt sich also um eine "auferlegte Vertrauenshaftung" [2]. Dieses "schuldrechtliche Rechtsgeschäft" entsteht unabhängig von dem Zustandekommen des Hauptvertrages; seine Rechtsfolgen treten folglich sowohl bei Vertragsabschluß als auch bei Nichtzustandekommen oder Nichtigkeit des Vertrages ein [3]. Der Rahmen der Pflichten kann allgemein für das einzelne Schuldverhältnis nicht festgelegt werden. Denn welche Pflichten den Verhandlungspartnern im einzelnen obliegen, hängt von dem Grad des Vertrauens ab, das gefordert und gewährt wird [4]. Es können im

---

1) H.M. vgl. statt aller Larenz I, § 4 V.

2) So die neuerdings h.M.: Ballerstedt, AcP 151, S.501, 506; Larenz, § 4 V, dem Sinn nach, aus § 242 BGB abgeleitet, Fikentscher, § 20 III; ebenso Esser, § 10, 1.

3) H.M. vgl. statt aller Stoll, LZ 1923, S.532 (534).

4) Ballerstedt, aaO. S.506 f.

einzelnen Aufklärungs- und Mitteilungs- sowie Obhuts- und Sorgfaltspflichten in Betracht kommen [1].

Diese bei dem Eintritt in Vertragsverhandlungen entstehenden Pflichten beziehen sich sowohl auf Erklärungen und Angaben über tatsächliche Verhältnisse und Umstände als auch über den Wert von Sachen und Gegenständen. Macht also der Schuldner schuldhaft falsche Angaben über den Wert, weil er diesen falsch ermittelt hat, haftet er ebenso, wie wenn er falsche Tatsachen genannt hat [2]. Diese Verpflichtung zu ordnungsgemäßer Wertermittlung ist nach der Art des Rechtsverhältnisses, in dem sie vorgenommen wird, zu beurteilen: Sie muss zu einer sich aus der Art des Schuldverhältnisses ergebenden speziellen Pflicht erhoben werden, um eine Haftung begründen zu können. Vertraut jemand erkennbar auf die Wertangaben des Vertragsgegners (etwa auf Kalkulationswerte, Wertermittlungen in Bilanzen etc), sind diese aber nicht korrekt vorgenommen und somit unrichtig, tritt eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß ein [3].

Eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß kann bei Sacheinlagen vielfältig sein. Unrichtige Tatsachenangaben über Erwerbszeitpunkt, Beanspruchung o.ä. des einzubringenden Gegenstandes [4] können ebenso zu einer falschen Bewertung führen wie unrichtige Angaben in der Bilanz, falsche Angaben über die Leistungsverhältnisse des Schuldners einer eingelegten Forderung oder über die Leistungs-

---

1) Vgl. die in Fn.2 zit. Lit. auf Seite 145.

2) A.A. ohne nähere Begründung Brunner, aaO. S.49.

3) Insoweit handelt es sich um die bürgerlich-rechtliche culpa in contrahendo. Inwieweit eine besondere Normierung der Haftung für Wertermittlungen (Bewertungen) bei Sacheinlagen eine culpa in contrahendo im gesellschaftsrechtlichen Bereich herbeiführen kann, vgl. Schürmann, S.95 ff., 113 ff.

4) Vgl. den Fall bei Larenz I, § 4 V Ziff. 3 (S.43).

verhältnisse einer Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden sollen.

Diese nur beispielhaften Aufzählungen können auf jeden einlagefähigen Gegenstand angewendet werden.

Entsprechend dem Verschuldensprinzip muß ein fahrlässig oder vorsätzlich schuldhaftes Verhalten vorliegen. Die Verpflichtung zum Schadensersatz betrifft grundsätzlich nur das sog. "negative Interesse": Zu ersetzen ist der Schaden, der gerade dadurch entstanden ist, daß der Vertragspartner auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut hat [1]. Sind falsche Angaben gemacht worden, so kann er verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn diese Angaben nicht gemacht worden wären [2]. In diesem Falle wäre der Begebungsvertrag zwischen Gesellschaft und dem Inferenten zu anderen als den vereinbarten Bedingungen zustandegekommen. Die Gesellschaft hat aufgrund der überhöhten Wertangaben des Sacheinlegers Aktien zu einem höheren Gesamtausgabewert begeben als sie das bei zutreffenden Wertangaben getan hätte. Der Schaden, welcher der Gesellschaft infolge der falschen Wertangaben entstanden ist, besteht also darin, daß der ihr zugeflossene Wert geringer ist als der Wert, den sie nach den Angaben des Inferenten erwartet hat. Die sich hieraus ergebende Differenz hat die Bank der Gesellschaft als Schadensersatz zu leisten.

In dem Falle, daß der Wert der Sacheinlage den Gesamtnominalwert der dafür begebenen Aktien nicht erreicht, ist

---

1) Larenz I, § 4 V S.43.

2) Das ergibt sich aus dem bei Larenz, aaO. angeführten Beispiel; es folgt für das Aktienrecht ferner daraus, daß hier im Wesentlichen falsche Angaben zur Ausgabe der Aktien führen, die bei richtigen Angaben nicht vorgenommen worden wäre.

die Sacheinlagevereinbarung unwirksam [1]. Hier ist der Schaden zu ersetzen, der dadurch eingetreten ist, daß die Gesellschaft auf die Richtigkeit der von dem Inferenten gemachten Angaben und damit auf die Wirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung vertraut hat.

IV. Die haftungsrechtliche Stellung der Banken

Die im Vorstehenden dargelegten Grundsätze treffen auch auf die zwischen Aktiengesellschaft und Bank (bzw. Bankenkonsortium) getroffene Vereinbarung zu, in der die Bank verpflichtet wird, gegen Gewährung einer Sacheinlage Aktien zu zeichnen und diese Aktien sodann den Aktionären anzubieten [2].

Soweit bei einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen der Gegenstand der Sacheinlage, der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien oder die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand der Sacheinlage erwirbt, also die Bank, in dem Kapitalerhöhungsbeschluß nicht aufgeführt werden, tritt die Regelung der §§ 183, 194 (150, 161) ein. Denn es ist scharf zwischen zwei vertraglichen Bindungen der Bank zu unterscheiden: Einmal ist sie verpflichtet, die Aktien gegen Gewährung einer Sacheinlage zu zeichnen, zum anderen hat sie die Aktien zum Bezug durch die Altaktionäre gegen Barleistung bereitzuhalten. Die Sacheinlageverpflichtung der Bank birgt also in diesem Falle die gleichen Gefahren für die durch das Grundkapital geschützten Interessen in sich wie ein Zeichnungs- und Sacheinlagevertrag, der nicht mit der Verpflichtung gekoppelt ist, die gezeichneten Aktien für die Altaktionäre bereitzuhalten. Das Ziel des Gesetzes,

---

1) Vgl. S.122 ff. d.A.

2) Vgl. oben S.27 ff., 111 ff. d.A.

durch eine erhöhte Publizitätspflicht die Aufbringung des diese Interessen schützenden Grundkapitals zu gewährleisten, trifft also auch auf diese Vertragsgestaltung zu. Neben den Gesellschaftsgläubigern sind vor allem die Altaktionäre daran interessiert, daß der Wert der Sacheinlage dem Nominalwert der neu ausgegebenen Aktien entspricht. Der Schutzzweck der Vorschrift umfaßt jedoch nicht eine Garantie dafür, daß der Emissionskurs auch dem inneren Wert der Aktien entspricht oder daß der Kurs, zu dem die Aktien an die Bank begeben werden, dem Kurs entspricht, zu dem die Altaktionäre die Aktien von der Bank beziehen. Die Altaktionäre werden insoweit durch das Institut des Bezugsrechts geschützt [1].

Ist der Bank die Leistung der Sacheinlage von vornherein unmöglich, ist die Vereinbarung der Sacheinlage unwirksam. Ist die Kapitalerhöhung bereits in das Handelsregister eingetragen, so entspricht die Grundkapitalziffer nicht der tatsächlich geleisteten oder noch möglichen und zu leistenden Einlage. Die Nichtigkeit des Sacheinlagevertrages führt, wie oben dargelegt, dazu, daß die Haftungsfolgen dem durch die gesetzliche Regelung im Aktienrecht beabsichtigten Interessenschutz angepaßt werden müssen: Die Gläubiger, die auf die größere Kapitalgrundlage vertrauen, bedürfen des Schutzes; die Altaktionäre, die, wie früher dargelegt [2], einen unentziehbaren Anspruch auf Ausübung des "mittelbaren Bezugsrechts" haben, müssen dadurch geschützt werden, daß der Nominalwert der von ihnen bezogenen Aktien, für die sie eine Leistung an die Bank erbringen, der Gesellschaft von der Bank auch

---

1) Vgl. oben S.46 ff., 56 ff. d.A.

2) S.68 ff. insbes. S.81 ff. d.A.

erbracht wird: Dieser Schutz kann nur erreicht werden, wenn an die Stelle der zu leistenden Sacheinlage die Verpflichtung tritt, eine Bareinlage zu erbringen.

Besteht aufgrund eines Formmangels der Sacheinlagevereinbarung eine Verpflichtung der Bank, den Sacheinlagegegenstand zu leisten, nicht, werden die Interessen der Gläubiger und Altaktionäre nicht gefährdet, wenn die Bank die Leistung dennoch erbringt. Die Verpflichtung zur Bareinlage besteht nur dann, wenn sich die Bank auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung beruft.

Leistet die Bank einen mit Sachmängeln behafteten Gegenstand, so ist ein hinreichender Schutz der Gläubiger und Aktionäre der Gesellschaft dadurch gewährleistet, daß die Bank verpflichtet ist, die Differenz in bar zu leisten, die zwischen dem Wert des Sacheinlagegegenstandes in einwandfreiem und mangelhaftem Zustand besteht. Denn die Anpassung der Rechtsfolgen auf dem Gebiet der Sachmängelhaftung an die Erfordernisse des Aktienrechts darf auch hier nur soweit gehen, daß eine alle Interessen berücksichtigende Regelung getroffen wird. Würde man die Bank grundsätzlich verpflichten, den Sacheinlagegegenstand aufgrund zulässiger Wandlung zurückzunehmen und die Einlage in bar zu erbringen, würde die Lösung des Interessenkonfliktes allein auf Kosten der Bank vorgenommen. Da auch der Wert der mangelhaften Sacheinlage ermittelt werden kann, ist es der Gesellschaft zumutbar, den mangelhaften Gegenstand abzunehmen, wenn er ohne Schwierigkeiten wieder in einen mangelfreien Zustand versetzt werden kann. Jedoch erfordert es der Schutz der Aktionärs- und Gläubigerinteressen, daß die Wertdifferenz von der Bank in bar geleistet wird, damit die tatsächliche Einlage der Grundkapitalziffer entspricht. Lediglich in den Fällen, in denen der mangelhafte Sacheinlagegegenstand nicht in einen für die Gesellschaft verwendungsfähigen Zustand versetzt werden kann,

erfordern es Gläubiger- und Aktionärsinteressen, daß die Sacheinlage zurückgewährt wird und die Einlage von der Bank in bar erbracht wird. Diese Regelung belastet die Bank auch nicht in unzumutbarer Weise, da davon auszugehen ist, daß der größte Teil der Altaktionäre das "mittelbare Bezugsrecht" ausübt und somit die Bank die auf diese Weise erhaltenen Geldbeträge zur Abdeckung ihrer eigenen Einlageverpflichtung an die Gesellschaft weiterleiten kann. Soweit die Altaktionäre ihr Bezugsrecht nicht ausüben, besteht für die Bank die Möglichkeit, die Aktien über die Börse zu plazieren.

Wird der Bank eine Sachleistung nach Vertragsabschluß objektiv oder subjektiv unmöglich oder ist sie von vornherein nicht in der Lage, eine Forderung einzubringen, haftet sie der Aktiengesellschaft auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens, wenn sie die Unmöglichkeit bzw. das Unvermögen zur Leistung zu vertreten hat. Sie muß also zumindest fahrlässig gehandelt, das heißt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen haben (§ 276 Abs. 1 BGB), sei es, daß der Leistungsgegenstand durch ihr Verschulden, dem das ihrer Organe und der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient, gleichsteht, untergegangen ist, sei es, daß die Nichtigkeit der einzubringenden Forderung durch die verantwortlichen Personen vorwerfbar nicht erkannt worden ist.

Die Aktiengesellschaft hat einen Schadensersatzanspruch. Dieser kann dem Nennbetrag als Ausgabebetrag oder dem höher angesetzten Ausgabebetrag entsprechen. Er kann aber auch höher sein, sofern die Gesellschaft einen höheren Betrag aufwenden muß, um sich Ersatz beschaffen zu können, oder wenn ein darüber hinausgehender Schaden eintritt, weil infolge der unmöglichen Leistung die Gesellschaft zum Beispiel die geplante Produktionserweiterung nicht oder

erst verspätet vornehmen oder sie einem Dritten gegenüber eingegangene Lieferverpflichtungen nicht erfüllen kann.

Ist der Untergang des Sacheinlagegegenstandes nicht von der Aktiengesellschaft als Gläubigerin zu vertreten, tritt die Folge des § 324 BGB ein: Die Bank wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, ohne den Anspruch auf die Gegenleistung zu verlieren. Die Bank behält also das Recht auf Übernahme der aus der Kapitalerhöhung herrührenden Aktien. Sie trifft weiterhin die Verpflichtung, die Aktien den Altaktionären gegen die von diesen der Bank zu erbringende Gegenleistung zur Verfügung zu stellen. Den Ausgleich für den der Aktiengesellschaft entstandenen Schaden, der insbesondere darin besteht, daß das Grundkapital in Höhe des Nennwertes der ausgegebenen Aktien nicht aufgebracht worden ist, kann nur in einem Regreßanspruch der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsorganen oder den Angestellten bestehen, die es der Bank schuldhaft unmöglich gemacht haben, den Sacheinlagevertrag zu erfüllen.

Welchen Regeln unterliegen die zwischen der Bank und der Aktiengesellschaft bestehenden Vertragsbeziehungen, soweit die Unmöglichkeit beziehungsweise das Unvermögen zur Leistung von keinem der Vertragsbeteiligten zu vertreten ist? Gewährleistet die Regelung des bürgerlichen Rechts, den Anspruch auf die Gegenleistung entfallen zu lassen (§ 323 Abs. 1 BGB) beziehungsweise soweit die Gegenleistung bereits erbracht ist, einen Herausgabeanspruch nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu gewähren (§ 323 Abs. 3 BGB), einen allen Beteiligten gerecht werdenden Interessenausgleich auf dem Sonderrechtsgebiet des Aktienrechts?

Mit der Zuteilung der Aktien und der Eintragung der Kapi-

talerhöhung in das Handelsregister sind die neuen Anteilsrechte in der Person des Zeichners, hier also der Bank, entstanden. Es handelt sich um die Leistung aus dem Zeichnungsvertrag, welche die Aktiengesellschaft der Bank zu erbringen und die eine dem Kapitalgesellschaftsrecht eigentümliche Abwandlung erfahren hat [1]. Diese von der Aktiengesellschaft geschuldete und bewirkte Leistung kann nur durch eine Kapitalherabsetzung rückgängig gemacht werden [2]. Diese kann dadurch erfolgen, daß der Nennbetrag der Aktien herabgesetzt wird oder dadurch, daß Aktien zusammengelegt werden, soweit der Mindestnennbetrag für Aktien nicht eingehalten werden kann (§ 222 Abs. 4). Die Beseitigung der aus der Kapitalerhöhung herrührenden, von der Bank gezeichneten Anteile durch Kapitalherabsetzung ist also nicht möglich. Auch das Kaduzierungsverfahren gemäß § 64 ist nicht möglich, weil die Aktiengesellschaft keinen Anspruch gegen die Bank auf Leistung der vereinbarten Einlage hat. Nach der im Aktiengesetz getroffenen Regelung ist also der Bank die Herausgabe der erlangten Anteile an die Gesellschaft nicht möglich.

Die Eigenart des Anteilsrechts macht diese Regelung des Aktienrechts erforderlich. Die Anteilsrechte können also wegen ihrer "Beschaffenheit" nicht herausgegeben werden, so daß gemäß § 818 Abs. 2 BGB die Bank der Aktiengesellschaft den Wert zu ersetzen hat. Als Anhaltspunkt für die Ermittlung des Wertes der neuen Anteilsrechte bietet sich der vertraglich vereinbarte Ausgabewert an, der dem Nennwert entsprechen, aber auch höher liegen kann.

---

1) Vgl. dazu S. 52 und 98 ff. d.A.

2) Vgl. dazu §§ 222 (175) ff.

Gerät die Bank mit der Leistung der Sacheinlage in Verzug, so kann die Gesellschaft von ihr den Ersatz des Verzugsschadens verlangen. Ebenso kann sie die Annahme des Sacheinlagegegenstandes ablehnen, wenn die mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Frist abgelaufen ist oder die Leistung für die Gesellschaft infolge des Verzugs kein Interesse mehr hat. Macht die Aktiengesellschaft von diesen ihren Rechten Gebrauch, so läßt das die Vertragsabreden bezüglich des "mittelbaren Bezugsrechts" unberührt. Denn die Anteilsrechte sind in der Person der Bank als Zeichner nach der Eintragung der Kapitalerhöhung entstanden; lediglich der Erfüllungsanspruch der Aktiengesellschaft wird in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt, der bewirkt, daß die Einlage in bar geleistet wird.

Damit bleibt die Bank in der Lage, den Optionsanspruch der Altaktionäre zu erfüllen.

Der Weg des § 64, die Bank als säumigen Aktionär ihrer Aktien für verlustig zu erklären, ist der Aktiengesellschaft versperrt. Denn durch die Einziehung der in der Person der Bank entstandenen Anteilsrechte würde zugleich den Altaktionären deren Optionsrecht entzogen. Dieses Recht ist jedoch nicht entziehbar [1].

Die Schadensersatzverpflichtung der Bank aus culpa in contrahendo bei falschen Wertangaben über den Einbringungsgegenstand dient dem Schutz der Gesellschaft vor Übervorteilung und damit auch dem der Gesellschaftsgläubiger. Auf den Schutz der Altaktionäre wirkt sich diese Schadensersatzverpflichtung zweifach aus: Die Garantie für die Aufbringung des Nenn- uns Ausgabebetrages bewirkt, daß die

---

1) Vgl. oben S.81 ff. d.A.

Altaktionäre, soweit sie bei Ausübung des mittelbaren Bezugsrechts den festgesetzten Betrag an die Bank zahlen, dafür auch einen Anteil erhalten, dessen tatsächlicher Wert demjenigen entspricht, der sich aus dem zwischen Gesellschaft und Bank abgeschlossenen Vertrag ergibt. Zum anderen tritt ein Wertverlust der alten Aktien über das im Vertrag enthaltene Maß hinaus nicht ein.

Dieser Schutz erscheint notwendig, da die Bank den von ihr eingebrachten Gegenstand am besten kennt und zu bewerten in der Lage ist. Denkt man an den Fall der Einbringung eines Geschäftes oder Unternehmens, so wird deutlich, daß die Bank vor dem Erwerb mit dem Unternehmen durch Gewährung von Krediten in engem Zusammenhang stand und damit aus genauer Kenntnis der Vergangenheit des Unternehmens dessen Wert am ehesten einzuschätzen in der Lage ist.

B. Die Haftung nach den Vorschriften über die Gründerhaftung

§ 10: Die rechtliche Natur der Kapitalerhöhung

I. Die Kapitalerhöhung als "Neugründung"

Der Ursprung der Auffassung, die Kapitalerhöhung stelle eine Neugründung der Gesellschaft dar, wird in dem Erfordernis einer Kapitalklausel im Oktroi-System gesehen: Die Höhe des Grundkapitals sei als integrierender Bestandteil der vom Gesetzgeber in concreto geschaffenen Persönlichkeit aufgefaßt worden [1]. Wie aber bereits nachgewiesen [2],

---

1) v. Salis, S.44, 95 ff.; K. Wieland, S.163.

2) S.S. 5 d.A.; vgl. auch Rauch, Kapitalerhöhung, S.2/3 Fn. 5, S.110; Schmollers, Jb. 67 (1943), S.565 ff.

bestand die Notwendigkeit eines solchen Grundkapitals in dem ihm von uns heute gegebenen Sinne gar nicht [1], so daß die Schlußfolgerung in ihrer Allgemeinheit nicht richtig sein kann.

In das deutsche Recht ist die These, die Kapitalerhöhung sei als partielle Neugründung der Gesellschaft anzusehen, die das Grundkapital als ein essentielles Moment ändere und "in dieser Rücksicht die alte Gesellschaft beseitigt und eine neue an deren Stelle setzt" [2], erstmalig 1874 eingeführt worden. Ihr Sinn war, sich den Mißständen, die nach der Einführung des Normativsystems bei Kapitalerhöhungen aufgetreten waren, entgegenzustellen. Es sollte ein Weg gefunden werden, die für die Gründung aufgestellten Normativvorschriften auch auf die Kapitalerhöhung anzuwenden. Es handelte sich folglich um eine reine Zweckschöpfung [3]. Die Ansicht Nissens hat die Rechtsprechung und Literatur lange beherrscht [4]. Erst in neuerer

---

1) Auch die älteren Privilegien des Oktroi-Systems enthielten nicht diese Kapitalklausel, vielmehr wurde die Fixierung des Grundkapitals als eine interne Angelegenheit der Gesellschaft betrachtet. Begrifflich ist hier also keine von Anfang an vorhandene Verknüpfung gegeben (Rauch, S.110).

2) Nissen, ZHR 19 (1874), S.353 (357); vgl. auch Sachs, ZHR 19, S.313; ROHG XXII, S.219 (220); RG 2, 130 (134).

3) Rauch, S.110 f.; die Auslegung des französischen Rechts führte Nissen zu dem gleichen Ergebnis (vgl. dazu Nissen, ZHR 19, 378 ff.).

4) Vgl. K. Lehmann II, S.447; Ihlder, S.5 f.; Brodmann, § 278 Anm. 1c; RG 85, 312 (314); Fischer in Ehrenbergs Hdb. Bd. 3, 1. Abt., S.320; v. Gierke (1933), S.443; vgl. auch Feine, Bd. 3, 3. Abt., S.602 (für die GmbH). Vgl. aber andererseits schon Staub (1896), Art. 215a ADHGB Einleitung; Keyßner, ADHGB 1878, Art. 214 Anm. 3 (S.197); Brand, § 278 Anm. 3; RGSt 30 (1898), S.355; Goldmann, § 278 Anm. 1; vgl. auch Motive 1883, S.201 ff., die die Kapitalerhöhung nur insoweit einer Neugründung gleichstellen, als die Aktienrechte erst aufgebracht werden müßten. Im übrigen wird in der Kapitalerhöhung eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages (nicht Neuabschluß) erblickt. Makower (1906), § 278 Anm. I a.

Zeit wird die Kapitalerhöhung fast nur noch als Satzungsänderung angesehen [1].

Die Theorie der partiellen Neugründung kann aber allein mit der Begründung, sie stelle eine reine Zweckschöpfung dar, nicht widerlegt werden. Denn Nissen hatte seine These dogmatisch damit untermauert, daß er das gedeckte Grundkapital als essentielles Moment einer konstituierenden Gesellschaft bezeichnete, das gleichsam den Körper der Gesellschaft bilde [2]. Dieses Essentiale werde bei der Grundkapitalerhöhung geändert und neu geformt.

Dieser Ansicht konnte entgegengehalten werden, daß etwas nicht noch einmal gegründet werden könne, was bereits entstanden sei [3]. Denn Nissen verstand unter der teilweisen Um- oder Neugründung eine Änderung des Grundkapitals, "welche in dieser Rücksicht die alte Gesellschaft beseitigt und eine neue an deren Stelle setzt" [4].

Damit wird deutlich, daß diese Theorie auf einer starken Betonung der Bedeutung des Grundkapitals als Satzungsbestandteil beruht, das insofern zum essentiellen Element der Gesellschaft wird. Diese Bedeutung des Grundkapitals darf aber nicht überschätzt werden [5]. Zwar ist das Grundkapital Strukturelement jeder Kapitalgesellschaft und insofern von wesentlicher Bedeutung. Aber erst die geschlossene Mitgliederzahl, die festen Beteiligungsverhält-

---

1) Ritter, § 149 Anm. 2; Baumbach-Hueck, Üb. vor § 179 Anm.1. (12. Aufl. Einf. 1 zu § 149 ff.); Rauch, Kapitalerhöhung, S.106 ff.; Teichmann-Koehler, Vorbem. 1 vor § 149; Staub-Pinner (1933), § 278 Anm. 3; a.A. Quassowski, Festschr. Schlegelberger, S.377, 385.

2) Nissen, aaO. S.357.

3) Staub-Pinner, § 278 Anm. 1, 2; ebenso Rauch, S.112.

4) Nissen, aaO. S.357.

5) Georgakopoulos, Gründung, § 17 I 3; vgl. auch Rauch, S.113 f.

nisse und die Beschränkung der Mitgliederpflichten auf Kapitalleistungen führt die Fixierung des Grundkapitalbetrages in der Satzung herbei [1]. Die Festsetzung der Höhe des Grundkapitals läßt sich also aus seinen Funktionen heraus erklären: Die festen Beteiligungsverhältnisse und die geschlossene Mitgliederzahl sind lediglich Ausdruck der Maßfunktion des Grundkapitals im mitgliedschaftlichen Bereich, die Funktion als Beteiligungsmaßstab [2], während die Beschränkung der Mitgliederpflichten auf die Leistung der Beträge, die Ausschaltung jeglicher persönlicher Momente der Mitglieder, von denen sonst die Haftung getragen wird, zu einer Betonung dieser Leistungen unter Zusammenfassung in einen Garantiefonds für die Gläubiger führen [3].

Versteht man das Grundkapital also allein aus seinen Funktionen, wird man es auch in seiner Bedeutung auf das richtige Maß zurückführen. Dann kann die Kapitalerhöhung nur noch in der Verbreiterung und Vergrößerung der Kapitalgrundlage im Hinblick auf seine Funktionen begriffen werden. Diesem Vorgang kommt dann aber nicht eine so hohe Bedeutung bei, daß er teilweise als Um- oder Neugründung bezeichnet werden müßte.

Der Gedanke, die Kapitalerhöhung als partielle Neugründung zu erklären, ist neuerdings unter einem anderen Blickwinkel wieder aufgegriffen worden [4]. Wenn auch die auf Nissen zurückgehende Fiktion einer teilweisen Um- oder Neugründung den Nachteil habe, daß über ihre Voraussetzungen und Tragweite Zweifel entstehen könnten, so habe sie doch

---

1) Georgakopoulos, aaO.

2) Georgakopoulos, aaO.; zur Maßfunktion vgl. o. S.38 ff. d.A.

3) Vgl. Lutter, S.38 ff.

4) v. Salis, S.95 ff.

von der Seite des Zeichners aus gesehen die Kraft der vollen Realität. Der Kapitalerhöhung wohne ebenso wie der Gründung die dreifache Organisationstätigkeit der Vertrags-, Organ- und Vermögensbildung inne [1]. Bei dem Vollzug dieser Organisationsmomente sei die Aktiengesellschaft für den neuen Zeichner genauso fremd wie eine neu zu gründende Gesellschaft. Ferner helfe er mit, die Aktienrechte zu schaffen, er konstituiere sich als Mitglied. Von seinem Standpunkt aus werde die Gesellschaft neu gegründet um den Teil der neugeschaffenen Mitgliedschaftsrechte [2]. Diese Begründung sucht Rauch [3] zu widerlegen mit dem Argument, zwar sei das Wesen der Zeichnung bei der Kapitalerhöhung das gleiche wie bei der Stufengründung. Dieses Institut sei aber de facto gar nicht mehr vorhanden, da es wegen der Umständlichkeit des Gründungsvorganges praktisch nicht mehr gebraucht werde. Es sei nur in übermäßiger Gewissenhaftigkeit in das Aktienrecht von 1937 aufgenommen worden und friste seither nur noch ein papierenes Dasein in den Lehrbüchern.

Heute würde Rauch diese Begründung um so leichter fallen, als das Institut der Stufengründung in dem neuen Aktienrecht [4] nicht mehr enthalten ist.

Diese Begründung Rauchs wäre aber selbst unter Berücksichtigung des neuen Aktienrechts nicht überzeugend. Sie stellt zu sehr auf die Form des Vorgangs ab (Zeichnung im Gegensatz zur Übernahme der Anteile), ohne den im Institut zum Ausdruck gekommenen materiellen Gehalt zu berücksichtigen. Auf diesen muß aber, wie es v. Salis mit seiner Deutung des

---

1) v. Salis, S.97 f.
2) v. Salis, S.99.
3) Rauch, S.112.
4) Aktiengesetz vom 11. Sept. 1965 - BGBl. I, S.1089.

Vorgangs als Akt der Vertrags-, Vermögens- und Organbildung [1] getan hat, zurückgegriffen werden. Denn kommt insofern der Kapitalerhöhung die gesetzliche Wertung als Gründungsvorgang zu, muß der Ansicht v. Salis zugestimmt werden.

Als vertragliches Element kommt bei der Kapitalerhöhung nur die Zeichnung in Betracht. Sie stellt das Vertragsangebot des Zeichners dar [2] (bei der Kapitalerhöhung an den Vorstand der Aktiengesellschaft als deren Vertreter und bei der Gründung an die Gründer), das die Erklärung beinhaltet, Mitgliedschaften in bestimmter Höhe übernehmen zu wollen. Die Annahme des Angebots erfolgt in der Form, daß der Zeichner bei der Zuteilung berücksichtigt wird. Die Zeichnung bei der Kapitalerhöhung, zu der auch der Sacheinleger verpflichtet ist, entspricht in ihrer gesamten Struktur der bei der früheren Stufengründung [3]. Der Zeichner wirkt unmittelbar an der Schaffung der Mitgliedschaftsrechte mit. Dieses "Ursprungselement" der bei der Gründung und Kapitalerhöhung geschaffenen Anteilsrechte unterscheidet das Verfahren gerade von dem Kauf der Aktienrechte. Der Zeichner wird auf diesem Wege zum Mitglied der Aktiengesellschaft.

Nicht vorhanden ist jedoch bei der Kapitalerhöhung das Erfordernis einer quasi konstituierenden Hauptversammlung entsprechend der Regelung bei der Stufengründung [4]. Verweist z.B. § 650 Schw. Obligationenrecht auf die Grün-

---

1) v. Salis, S.97.

2) Fischer in Grossk., § 152 Anm. 1; § 30 Anm. 3; Schlegelberger-Quassowski, § 152 Anm. 5; § 2 Anm. 8; Baumbach-Hueck, § 185 Anm. 3 (12. Aufl., § 152 Anm. 2, § 30 Anm. 2); Teichmann-Koehler, § 30 Anm. 2; Würdinger, Aktienrecht, § 17 A III; Georgakopoulos, § 16 II 2, III; Nübell, § 6; Ritter, § 152 Anm. 2a; § 30 Anm. 3b aa; vgl. auch schon Motive 1883, S.104.

3) § 30 AktG 1937.

4) § 30 Abs. 6 AktG 1937.

dungsnormen [1], so daß auch an das Erfordernis, die Kapitalerhöhung durch die abschließende Beschlußfassung einer einzuberufenden Hauptversammlung festzustellen gedacht werden kann (entspr. § 634 SchwOR), besteht diese Verweisung im deutschen Aktienrecht nicht.

Eine weitere Parallele zwischen Kapitalerhöhung und Gründung besteht in der Bildung des Vermögens. Das Gesetz sieht bei der Kapitalerhöhung ebenso wie bei der Gründung darauf, daß die Aufbringung der auf die Aktien zu bewirkenden Einlagen auch tatsächlich erfolgt: § 188 (155) Abs. 2 verweist sogar auf entsprechende Vorschriften, die bei der Gründung zur Anwendung kommen (§§ 36 (28) Abs. 2, 37 (29) Abs. 1, 54 (49) Abs. 3). Die Einlagen auf das erhöhte Grundkapital können auch in Form von Sacheinlagen erbracht werden, §§ 183, 194, 205 (150, 161, 172). Diese Bestimmungen entsprechen fast wörtlich der für die Gründung entsprechenden (§ 27 (20)). Jedoch sind die Vorschriften, die die Aufbringung des Grundkapitals sichern sollen, nicht konsequent übernommen worden. (Es fehlen z. B. Vorschriften über Gründerberichte, Gründungsprüfung, Bestimmungen über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Gründer- und Gründergenossenhaftung). Lediglich das Erfordernis der Publizitätsmaßnahmen und der Prüfung durch den Registerrichter ist verblieben. Das stellt gegenüber der Gründung eine erhebliche Vereinfachung des Verfahrens dar. Nach dem historischen Gesetzgeber ist das darauf zurückzuführen, daß das Verfahren der Kapitalerhöhung nicht zu sehr erschwert werden sollte [2].

Wenn diese Ausführungen zunächst einmal zur Kapitalerhöhung gegen Einlagen gemacht wurden, so sind sie nicht auf

---

1) Vgl. dazu v. Salis, S.104 ff.

2) Amtl. Begründung zum Aktiengesetz 1937, RA 1937, Heft 28.

diese beschränkt. Entsprechendes gilt für die Formen der bedingten Kapitalerhöhung und des genehmigten Kapitals. Nur treten hier entsprechend den gesetzlichen Eigenarten verfahrensmäßig gewisse Besonderheiten auf [1].

Die Organbildung kann sowohl die Hauptversammlung als auch die Verwaltungsorgane betreffen. Eine Erweiterung der Mitgliedschaftsrechte sowie eine damit i.d.R. (abgesehen von den Vorzugsaktien ohne Stimmrecht) verbundene Vermehrung der Stimmrechte findet bei allen Kapitalerhöhungsformen statt. Das ist also gleichbedeutend mit einer Erweiterung der Hauptversammlung. Mit der Kapitalerhöhung ist jedoch nicht notwendig die Bestellung neuer Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder verbunden; auch die Praxis kennt eine solche Verknüpfung nicht.

Erhebliche Abweichungen von den vorstehenden Erörterungen ergeben sich bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Hier findet sich praktisch als Vergleichsmoment zum Gründungsvorgang nur noch die ursprüngliche Entstehung der Mitgliedschaftsrechte. Rudimente einer Vertragsbildung sind nicht mehr vorhanden; ebenso entfällt die Vermögensbildung, da hier eine Verlagerung der Passiven stattfindet, die Vermögensbildung aber schon früher stattgefunden hat [2]. Aus diesen Erörterungen ergibt sich lediglich, daß bei den beiden Kapitalerhöhungsarten, der Kapitalerhöhung durch Zuführung neuer Mittel und der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, bestimmte Vorgänge vorhan-

---

1) Vgl. die Ausführungen oben S.10 d.A. - Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist zu beachten, daß an die Stelle der Zeichnung die Bezugserklärung tritt, § 196 (165). - Im Hinblick auf die Verschmelzung durch Aufnahme treten an die Stelle der Zeichnung die Beschlüsse der Hauptversammlungen, § 340 (234), und der Verschmelzungsvertrag, § 341 (235).

2) Vgl. S.14 d.A.

den sind, die auch Elemente des Gründungsvorganges darstellen. Das reicht aber noch nicht aus, um von einer "teilweisen Neugründung" oder einem gründungsähnlichen Vorgang i.S. von v. Salis zu sprechen. Hinzukommen muß vielmehr noch, daß diese Vorgänge von der Seite des an der Kapitalerhöhung Beteiligten [1] aus gesehen wie ein Gründungsvorgang wirken, die "volle Kraft der Realität" der Gründung haben [2]. Diese sieht v. Salis in zwei Momenten, einmal in dem Ursprungserwerb der Mitgliedschaftsrechte, zum anderen darin, daß die das Grundkapital erhöhende Aktiengesellschaft für den an der Erhöhung Beteiligten "in ihrer Totalität genauso fremd oder vertraut ist wie eine mit einem bestimmten Grundkapital neu zu gründende Gesellschaft" [3].

Der Ursprungserwerb der Mitgliedschaftsrechte -v. Salis bezeichnet den Vorgang als die Konstituierung als Mitgliedliegt bei sämtlichen Kapitalerhöhungen vor. Insofern ist bei der Kapitalerhöhung ein der Gründung entliehenes Element gegeben. v. Salis kann aber nicht darin gefolgt werden, daß die erhöhende Gesellschaft dem neuen Aktionär genauso fremd ist wie die neu zu gründende. Hier bestehen erhebliche Unterschiede.

Einmal ist der Inhaber der aus der Kapitalerhöhung stammenden Aktien nicht notwendig ein Außenstehender. Bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entstehen die Anteile direkt in der Person der bisherigen Aktionäre entsprechend dem Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung am Grundkapital. Bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen und dem ge-

---

1) Also des Zeichners, des Bezugs- und Wandelobligationärs, des Anteilsinhabers aus der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.

2) v. Salis, S.99.

3) v. Salis, aaO.

nehmigten Kapital stehen -ist das Bezugsrecht nicht ausgeschlossen- die neuen Anteile ebenfalls den Aktionären zu. In den übrigen Fällen allerdings werden die Aktienrechte von außenstehenden Dritten übernommen, sei es, daß das Bezugsrecht ausdrücklich ausgeschlossen ist oder sich der Ausschluß aus der Art der Kapitalerhöhung (Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen eines Nichtaktionärs) ergibt, sei es, daß es sich um die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bei der Verschmelzung durch Aufnahme handelt. Auch die Wandelschuldverschreibungsgläubiger müssen insofern als außenstehende Dritte angesehen werden.

Zwischen diesen beiden Gruppen besteht jedoch in praxi kein Unterschied im Hinblick darauf, welchen tatsächlichen Einblick sie in die Geschäfte der Aktiengesellschaften haben. Die Kleinaktionäre [1] nehmen erfahrungsgemäß keinen großen Anteil an den Geschäften ihrer Aktiengesellschaft. Selbst eine Teilnahme dieser Aktionärskreise an der jährlichen Hauptversammlung erfolgt nur in geringem Maße. Die Interessen dieser Aktionärskreise werden durch Interessenvertreter, (hauptsächlich die Banken), wahrgenommen [2]. Die Teilnahme des (Klein-) Aktionärs bleibt also auf Presseberichte sowie die Jahres- und Sonderberichte (z.B. anläßlich einer Kapitalerhöhung etc.) der Verwaltung, die ihm von seiner Bank zugesandt werden, beschränkt.

Diesen Einblick kann auch ein Nichtaktionär gewinnen, der sich über die geschäftlichen Verhältnisse eines Unternehmens informieren will. Weitergehende Informationen, wie sie den Großaktionären und den Banken zugänglich sind,

---

1) Es ist hier von den Kleinaktionären auszugehen, da ja ein Vergleich im Hinblick auf die Zeichner bei der Gründung gezogen werden soll, die meist Kleinaktionäre darstellen (von dem Fall des zeichnenden Sacheinlegers abgesehen).

2) Vgl. zu dem Vorstehenden Wiethölter, Interessen, S.315 ff. (insbes. 316 f., 318).

müssen hier außer Betracht bleiben. Denn diese Informationen werden nicht über die Stellung als Aktionär bzw. die Hauptversammlung bezogen, sondern beruhen auf der Teilnahme an den Geschicken der Gesellschaft über einen Sitz in der Verwaltung (Vorstand oder Aufsichtsrat) [1] bzw. aufgrund guter Beziehungen zu Mitgliedern der Verwaltung. Im Vergleich zur Gründung ergeben sich hinsichtlich des Verhältnisses zur Aktiengesellschaft aus der Sicht des Kleinaktionärs Abweichungen. Stehen bei der Kapitalerhöhung bereits Geschäftsberichte sowie Jahresabschlüsse und Gewinn- und Verlustrechnungen zur Verfügung, aus denen sich Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Ertragskraft, die Stabilität und den Wert des Unternehmens ableiten lassen, ist hier in aller Regel ein Spiegel dieser Faktoren in Form des Wertes der an den Börsen gehandelten Aktien des Unternehmens vorhanden, so lassen sich im Hinblick auf die weitere wirtschaftliche Entwicklung unter Berücksichtigung des Erhöhungskapitals eher Prognosen aufstellen als bei der Gründung einer Aktiengesellschaft. Denn bei der Gründung eines Unternehmens liegen geschäftliche Erfahrungen nicht vor; die gemäß § 39 Abs. 1 HGB aufzustellende Eröffnungsbilanz läßt lediglich Rückschlüsse auf die finanzielle Lage des neugegründeten Unternehmens zu.

Die These, die Kapitalerhöhung erscheine von der Stellung des Aktionärs aus gesehen als Realität einer teilweisen Neugründung, fußt also auf Voraussetzungen, die in praxi gar nicht bestehen. Sie muß daher abgelehnt werden.

---

1) Wiethölter, aaO.

II. Die Kapitalerhöhung als Satzungsänderung

Das Kapitalerhöhungsverfahren setzt sich aus dem Kapitalerhöhungsbeschluß, der Durchführung der Kapitalerhöhung und der Eintragung beider Momente in das Handelsregister zusammen, §§ 182 ff., 185 ff., 184, 188 (149 ff., 152 ff., 151, 155) [1]. Der Erhöhungsbeschluß ist zunächst die Grundvoraussetzung zur Vornahme weiterer Handlungen im Erhöhungsverfahren [2]. Dieser Teil des Erhöhungsverfahrens entspricht dem Satzungsänderungsbeschluß: Ein Teil der Satzung, nämlich die Ziffer des Grundkapitals, § 23 (16) Abs. 3 Ziff. 3, soll geändert werden (vgl. die Verwandtschaft der Vorschrift des § 182 (149) Abs. 1 und 2 mit § 179 (146) Abs. 2, 3), wenn auch naturgemäß der Beschluß bei der Kapitalerhöhung deren weitere spezielle Gesichtspunkte zu erfassen hat (vgl. z. B. §§ 182 (149) Abs. 3, 183 (150), 192 Abs. 2, 3 (159 Abs. 3, 160 Abs. 2, 161)). Seinen Abschluß findet das Verfahren mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister, § 189 (156) [3]. In diesem Augenblick

---

1) Entspr. bei der bedingten Kapitalerhöhung §§ 192 ff., 198, 195, 204 (159, 165, 162, 168); bei dem genehmigten Kapital, §§ 202 ff., 185 ff. (159, 152 ff.), bei der Verschmelzung durch Aufnahme, soweit eine Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft vorliegt, § 343 (237). Im übrigen vgl. zu den Unterschieden S.9 ff. d.A.

2) Von dem Fall der Ermächtigung des Vorstandes in der Satzung zur Vornahme der Kapitalerhöhung, der eine Durchbrechung dieses Grundsatzes darstellt, soll hier abgesehen werden, vgl. § 202 (169) Abs. 1.

3) Bei der bedingten Kapitalerhöhung ist ja bereits die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses konstitutiv, so daß die Erhöhung mit der Ausgabe der Aktien erfolgt ist. Die nachfolgende Eintragung ist nur deklaratorischer Natur. Vgl. S.9 ff. d.A. Das genehmigte Kapital kennt die Vorwegnahme eines vollständigen Satzungsänderungsverfahrens; der Kapitalerhöhungsbeschluß ist also schon gemäß § 181 (148) einzutragen (Weipert-Schilling in Grossk., § 169 Anm. 7), so daß es einer Verweisung auf die Bestimmung des § 184 (151) nicht bedurfte. Es bedarf dann ferner einer Eintragung der Durchführung gem. § 203 i.V. mit § 188 (170 i.V. mit § 155).

ist die Änderung des Grundkapitals als Satzungsbestandteil, also auch die Satzungsänderung, bewirkt. Demgegenüber hat die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses nur deklaratorische Wirkung, sie kann ja auch mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung verbunden werden, § 188 (155) Abs. 5. Sinn der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses ist es, das gesamte Verfahren äußerlich in zwei Abschnitte zu teilen und bereits in diesem Stadium einer amtlichen Prüfung zu unterziehen [1]. Ist damit das Erhöhungsbeschlußverfahren im Gegensatz zu dem Durchführungsverfahren gemeint, ist das durchaus zu billigen. Nicht jedoch kann darunter verstanden werden, das Erhöhungsbeschlußverfahren mit dem Satzungsänderungsverfahren zu vergleichen.

In dieses Satzungsverfahren gleichsam eingebettet ist das Durchführungsverfahren der Kapitalerhöhung (mit den oben festgestellten Parallelen zur Gründung). Dieses Verfahren und die Gründungsvorschriften über die Mindesteinzahlung bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung für sinngemäß anwendbar erklärt, stellen die einzigen Verbindungen zur Gründung her [2].

Der Verfahren der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln besteht nur noch aus dem Erhöhungsbeschluß und der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister, §§ 207, 211 i.V. mit §§ 182 Abs. 1 S.1, 2, 4 und § 184 Abs. 1 (§ 1, 8 Kap.Erh.Ges. i.V. mit §§ 149, 151 Abs. 1 AktG 1937). Es kommt also dem Satzungsänderungsverfahren am nächsten, da es von den Gründungselementen nur die ursprüngliche Schaffung der Mitgliedschaftsrechte kennt. Daher bleibt es auch unverständlich, weshalb das Gesetz im Hinblick auf den Kapitalerhöhungsbeschluß und dessen Eintragung statt auf die

---

1) Hahn-Mugdan, Bd. VI, S.322.

2) Rauch, Kapitalerhöhung, S.112.

§§ 179 ff. (145 ff.) auf die §§ 182 (149) Abs. 1, 184 (151) Abs. 1 verweist [1].

III. Ergebnis

Das Verfahren der Kapitalerhöhung ist entsprechend dem Verfahren der Satzungsänderung ausgebildet. Das gilt auch für das Verfahren der Verschmelzung durch Aufnahme, soweit es bei der aufnehmenden Gesellschaft eine Kapitalerhöhung zur Voraussetzung hat. Jedoch sind in dieses Verfahren Elemente des Gründungsverfahrens eingebaut, die bei den einzelnen Kapitalerhöhungsformen mehr oder minder stark in Erscheinung treten. Das Kapitalerhöhungsverfahren kann also als ein durch die Übernahme gewisser bei der Gründung einer Aktiengesellschaft auftretender Besonderheiten erweitertes Satzungsänderungsverfahren bezeichnet werden [2]. Eine unmittelbare und uneingeschränkte Anwendung der Gründerhaftungsvorschriften auf das Institut der Kapitalerhöhung kommt somit nicht mehr in Betracht. Zu prüfen bleibt, inwieweit diese Vorschriften im Rahmen des Kapitalerhöhungsverfahrens nach bürgerlichem Recht analog angewandt werden können neben den Vorschriften über die vertragliche Haftung.

---

1) Wilhelmi-Friedrich, § 1 Anm. 7.

2) Vgl. auch Rauch, Kapitalerhöhung, S.113.

§ 11: Rechtsnatur und Anwendungsbereich der Vorschriften über die Gründer- und Gründergenossenhaftung

I. Die Rechtsnatur der Gründer- [1] und Gründergenossenhaftung

a) Die Gründerhaftung

Schürmann ordnet die Gründethaftung nach § 46 Abs. 1-4 (39 Abs. 1-4) als culpa in contrahendo [2] und positive Forderungsverletzung [3] in das Haftungssystem ein. Die den Gründern gegenüber der Gesellschaft obliegenden Treuepflichten, die auf zeitlich dem Errichtungsakt vorausgehenden oder mit ihm zusammenfallenden Handlungen beruhten, begründeten ein Schuldverhältnis, dessen Anknüpfungspunkte die Übernahme der Mitgliedschaft oder die Feststellung der Satzung seien und das dem Schuldverhältnis vor oder bei Vertragsschluß ähnelte. Ähnlich wie bei der Gründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unrichtige Angaben über den Wert einer Einlage den einbringenden Gesellschafter aus Verschulden bei Vertragsschluß haftbar machten [4], sei das

---

1) Die Rechtsnatur der Gründerhaftung soll hier nicht eigenständig untersucht werden, da eine solche Untersuchung den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Sie ist Gegenstand einer Dissertation der Universität Münster, in der die bisher hierzu vertretenen Ansichten als unzutreffend widerlegt werden (Schürmann, Elmar, Die Rechtsnatur der Gründerhaftung im Aktienrecht). Sowohl die genannte als auch die vorliegende Arbeit sind aus einem Thema hervorgegangen, das wegen seines Umfanges und seiner Komplexität geteilt wurde. Soweit die Rechtsnatur der Gründerhaftung in der vorliegenden Arbeit von Bedeutung ist, folge ich im Wesentlichen den in der o.a. Dissertation erarbeiteten Grundsätzen.

2) AaO. S.113 ff.

3) AaO. S.116 ff.

4) So Larenz, Schuldrecht I, § 4 V 3, S.43.

auch bei der Gründung einer Aktiengesellschaft der Fall, da zwischen unrichtigen Angaben bei dem Errichtungsakt oder der Satzungsaufstellung einerseits und den Angaben beim Abschluß des bürgerlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrages im Hinblick auf die Haftungsart kein Unterschied bestünde.

Diesem Ergebnis kann zugestimmt werden. Es ist bereits ausgeführt worden [1], daß sich eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß nicht nur auf Erklärungen über tatsächliche Verhältnisse und Umstände, sondern auch den Wert eines Gegenstandes beziehen kann. Diese Verpflichtung zur ordnungsgemäßen und korrekten Wertermittlung ist bei der Gründung einer Aktiengesellschaft den Gründern auferlegt. Nach ihr bemißt sich die Festsetzung des Wertes der Sacheinlagen.

Unter diesem Blickwinkel ist auch die Einordnung der Handlungen, die nicht unter die culpa in contrahendo fallen und somit nur noch als positive Forderungsverletzung charakterisiert werden können, vorzunehmen. Als solche kommen alle die dem Verbandszweck widersprechenden Gründerhandlungen in Betracht, die nach Errichtung des Verbandes begangen werden [2].

Schürmann gelangt zu der allgemeinen Treupflicht, deren Grundlage er in § 242 BGB sieht [3] und aus der er beide o. a. Haftungsarten folgert, folgendermaßen:

Zum Ausgangspunkt wählt er die in der Gründerstellung aufeinanderstoßenden Interessen, die er als Privatinteressen

---

1) Vgl. oben S. 145 f. d.A.

2) Schürmann, aaO. S.117.

3) Schürmann, aaO. S.98 mit Lit. Fn. 7.

der Gründer und Verbandsinteressen bezeichnet [1]. Aus dem Interessengegensatz ergibt sich insofern eine Gefahr, als die Verbandsinteressen zugunsten der privaten Interessen geschädigt werden können.

Diese Interessen ordnet Schürmann in die rechtlichen Positionen der persönlichen vertraglichen Verpflichtung [2], in die mitgliedschaftliche Pflichtbindung [3] sowie die organähnliche Pflichtbindung [4] ein (sog. Tripelstellung), wobei die persönlich vertragliche Verpflichtung mit der Wahrnehmung des Eigeninteresses, mitgliedschaftliche und organähnliche Rechtsstellung mit der des Verbandsinteresses identifiziert werden [5].

Der mitgliedschaftlichen Pflichtbindung unterliegen alle die Gründertreupflichten, die nicht mit der Aufstellung und Feststellung der Satzung und der Bewertung in Zusammenhang stehen [6], wie falsche Angaben, falscher Zahlungsmodus, falsche Zahlungsstelle. Die im Hinblick auf Satzungsfeststellung und Bewertung auftretenden Verpflichtungen nennt er organähnliche Verpflichtungen [7]. Ist dieser letzte Ausdruck unmißverständlich, so muß man sich bei dem Ausdruck "mitgliedschaftliche Pflichtbindung" darüber im Klaren sein, daß darunter die aus der Errichtung der Ge-

---

1) AaO. S.83 ff.; auf diesen Interessengegensatz wird schon in der Form des Einzel- und Gemeinschaftsinteresses bei Ballerstedt, S.76 ff. hingewiesen. Als Gegensatz von Mitgliedschaftsinteressen und Organ- und Vertretungsmachtstellung wird er in RGZ 64, 187 ff. und bei Fischer in Ehrenbergs Handb., S.76 f. bezeichnet.

2) AaO. S.85 ff.

3) AaO. S.87 ff.

4) AaO. S.88 ff.

5) AaO. S.94.

6) AaO. S.91, 94.

7) AaO. S.94.

sellschaft entspringenden Gründerpflichten zu verstehen sind, nicht aber die allgemeinen mitgliedschaftlichen Verpflichtungen, die unmittelbar aus dem Einlage- und Übernahmevertrag folgen und die als "vertragliche" Verpflichtungen bezeichnet werden.

Mitgliedschaftliche und organähnliche Pflichtbindung der Gründer sind an den sog. Treupflichten zu messen. Ein solches Treuverhalten bei Interessenkollisionen sei erforderlich, wenn der Interessengegensatz durch die Machtlage eines Interessenträgers einen Ausgleich erfahren müsse [1]. Inhaltlich wird die Treupflicht des Gründers als Zweckförderungs- und Organisationspflicht abgegrenzt: Unter der Zweckförderungspflicht wird die vollständige Aufbringung des Grundkapitals mit seinen Funktionen als Haftungsstock und Grundvermögen verstanden [2], während die Organisationspflicht die Ausstattung der Gesellschaft mit einer angemessenen Kapitalgrundlage beinhaltet [3].

b) Die Haftung der Gründergenossen und Hintermänner

Zu der Rechtsnatur der Gründergenossenhaftung [4] wird nur selten Stellung genommen. Sie wird meist zusammen mit der Rechtsnatur der Gründerhaftung erörtert [5], der von der überwiegenden Meinung deliktsähnlicher Charakter zugesprochen wird [6]. Diese Ansicht ist im Hinblick auf die Haftung

---

1) AaO. S.93 ff.

2) AaO. S.103 ff.

3) AaO. S.105 ff.

4) Vgl. § 47 (40); AktG 1937 faßte die Haftung Dritter für Vorgänge bei der Gründung erstmals in einer Bestimmung zusammen. Zuvor waren die Haftungsgrundlagen in §§ 203, 202 HGB enthalten.

5) Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 1; Ritter, §39 Anm. 2, 2a; Staub-Pinner, § 202 Einl.; Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 2; Heim, S.56.

6) Vgl. die ausführliche Zusammenstellung bei Schürmann, S.4 f.

der Gründer als unzutreffend widerlegt worden. Die rechtliche Natur der in § 47 (40) geregelten Haftung kann sich ebenfalls nur aus dem Rechtsverhältnis der betroffenen Personen zu der Aktiengesellschaft bestimmen.

Personen, die eine nicht in den Gründungsaufwand aufgenommene Vergütung annehmen, von der sie wußten oder annehmen mußten, daß die Verheimlichung beabsichtigt oder erfolgt war, die bei deren Verheimlichung oder im Fall einer zumindest grob fahrlässigen Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen oder Sachübernahmen wissentlich mitgewirkt haben, sind sofort als außenstehende Dritte gekennzeichnet, die als Gründer nicht in Betracht kommen. Trifft diesen Kreis eine Haftung, kann sie mangels jeglicher schuldrechtlicher Beziehungen zu der Gesellschaft nur deliktischer Natur sein.

Schwieriger ist die Standortbestimmung der Haftung aus der öffentlichen Ankündigung der Aktien und deren Einführung in den Verkehr. Zwei Fälle sind hier denkbar, in denen das Emissionshaus tätig werden kann: Es übernimmt die Aktien selbst, um sie sodann an Dritte weiterzugeben, oder es begibt die Aktien als Stellvertreter bzw. Kommissionär für einen Dritten (Gründer) [1]. Im letzteren Falle steht die Bank der Gesellschaft als Dritter gegenüber, da vertragliche Beziehungen nur zu den Gründern bestehen; im ersten ist die Bank selbst Gründer, sie haftet also bereits nach § 46 (39). Da die Bestimmung des § 47 (40) bezweckt, nicht unmittelbar an der Gründung beteiligte Dritte zu treffen, könnte man daran denken, die Haftungsart danach zu bestim-

---

1) Der bisher noch anzunehmende dritte Fall der sog. Primitivzeichnung (die Bank tritt als Zeichenstelle auf) ist nunmehr nur noch bei der Kapitalerhöhung denkbar; bisher wurde für den Fall der Gründung die Anwendung des § 47 (40) Ziff. 3 auch hier bejaht, Heim, S.58.

men, ob jemand Gründer ist oder nicht. Dagegen könnte nicht eingewendet werden, das führe zu der unerträglichen Konsequenz, daß bei einer Haftung des Gründers nach § 46 (39) Abs. 2 die wesentlich schärfere Haftung des § 47 (40) Ziff. 3 ausgeschlossen wäre [1]. Denn liegt bei der Bank nur leichte Fahrlässigkeit vor, kann eine Haftung aus Ankündigung nur eintreten, wenn einem anderen Gründer grobe Fahrlässigkeit gemäß § 46 (39) Abs. 2 vorgeworben werden kann. Hier griffe aber der im Haftungsmaßstab gleiche § 46 (39) Abs. 3 ein, so daß die Bank danach zur Haftung herangezogen würde. Läge die grobe Fahrlässigkeit überhaupt nicht vor, könnte auch eine Haftung nach den übrigen Vorschriften (§ 46 (39) Abs. 3, § 47 (40) Ziff. 3) nicht eintreten. Umgekehrt käme bei Vorhandensein grober Fahrlässigkeit die Haftung als Sacheinleger oder Mitgründer in Betracht. Gleiche Überlegungen lassen sich zu § 46 (39) Abs. 1 anstellen, die sich aber deshalb einfacher gestalten, weil der Haftungsmaßstab dieser Vorschrift mit dem des § 47 (40) Ziff. 3 übereinstimmt. Hinzu käme, daß bei der Vornahme von Gründerhandlungen durch die Bank auch deren Kenntnis vorausgesetzt werden könnte.

Obwohl die Handlungen auch zu demselben Zeitpunkt verjähren (§ 51 (44)) und die Schadensersatzmaßstäbe identisch sind, kann die obige Schlußfolgerung nicht gezogen werden: Denn der Rechtsgrund der Haftung ist verschieden. Die Handlungen des § 46 (39) Abs. 1-4 unterscheiden sich von denen des § 47 (40) Ziff. 3, die die Emission der Aktien betreffen. Die Emission von Aktien kann nur dann zur Haftungsbegründung führen, wenn die Gründerhandlungen schuld-

---

1) Der Gründer haftet als Sacheinleger etc. gem. § 46 (39) Abs. 2 nur für grobe, dagegen bei Veröffentlichung und Ankündigung bereits für leichte Fahrlässigkeit.

haft vorgenommen worden sind. Gehen beide Handlungsarten von ein und derselben Person aus, treten die Ansprüche aus den beiden Bestimmungen nebeneinander [1]. Der Charakter der Haftung aus § 47 (40) Ziff. 3 ist also rein deliktsmäßiger Natur [2].

Als ein Fall der Rückgriffshaftung [3], der nicht als Folge eines Treupflichtverstoßes aufgefaßt werden kann, ist § 46 (39) Abs. 5 anzusehen. Der Anspruch ist ebenfalls deliktsmäßiger Natur und muß daher systematisch der Vorschrift des § 47 (40) zugeordnet werden [4].

II. Der Anwendungsbereich und Schutzzweck der Vorschriften

a) Der Anwendungsbereich der Vorschriften

Gegenstand der Haftung der §§ 46, 47 (39, 40) in allen Vorschriften sind Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sachübernahmen und Sacheinlagen.

Die Sacheinlagen brauchen an dieser Stelle nicht mehr erörtert zu werden; ausführliche Ausführungen hierüber sind bereits gemacht worden [5].

Die Sachübernahme unterscheidet sich von der Sacheinlage erheblich. Sie ist nicht die Einbringung von Sachgegenständen oder -rechten gegen Gewährung von Mitgliedschaftsrechten, sondern die Veräußerung eines Gegenstandes, der unbe-

---

1) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S.125 ff.
2) I.E. ebenso Schürmann, S.121.
3) Reinicke, Die AG 1962, 66 ff. (70).
4) Schürmann, aaO. S.120 f.
5) Vgl. oben S.98 ff. d.A.

schränkt den Vorschriften des Individualrechts untersteht [1]. Sie ist, bildlich gesehen, "kein notwendiger Stein im Bau der Gesellschaft wie die Einlage, sondern nur ein äußerlich angefügter Zusatz" [2]. Die Sachübernahme bedarf ebenso wie die Sacheinlage bei der Gründung der Festlegung in der Satzung, § 27 (20) Abs. 1. Damit erhält sie aber keinen körperschaftsrechtlichen Charakter wie die Sacheinlage; vielmehr dient die Festsetzung nur dem Zweck, ähnliche Gefahren zu bannen, wie sie bei der Sacheinlage auftreten [3].

Unter Gründungsaufwand ist der Gesamtaufwand zu verstehen, der zu Lasten der Gesellschaft als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung gewährt wird, § 26 (19) Abs. 2. Der Gründungsaufwand umfaßt also Gründungskosten und Gründungslohn [4]. Zu den Gründungskosten gehören Gerichts- und Notarkosten, Auslagen für Veröffentlichungen, den Druck der Aktienurkunden, Aufwendungen für die Bewertung der Gegenstände bei der Sachgründung, Steuern (insbes. Kapitalverkehrssteuer) [5].

Sondervorteile werden einzelnen Aktionären persönlich zugesagt; sie unterscheiden sich von Vorteilen der Vorzugs-

---

1) Vgl. u.a. Fischer in Grossk., § 20 Anm. 22; Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 6, 11; Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 1; Ritter, §20 Anm. 3a; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 Anm. 15 ff.; Staub-Pinner, § 186 Anm. 9; Brodmann, § 186 Anm. 4e.

2) Düringer-Hachenburg-Bing, aaO. Anm. 15.

3) Fischer in Grossk., aaO. Anm. 22.

4) Fischer, aaO. § 19 Anm. 7; Schlegelberger-Quassowski, § 19 Anm. 7; Ritter, § 19 Anm. 4b; Teichmann-Koehler, § 19 Anm. 3b.

5) Vgl. die Angaben Ziff. 2; vgl. u.a. Fischer in Grossk., § 19 Anm. 3; Ritter, § 19 Anm. 3b; Schlegelberger-Quassowski, § 19 Anm. 2; Teichmann-Koehler, § 19 Anm. 2.

aktie z.B. dadurch, daß sie nicht mit der Mitgliedschaft unauflöslich verknüpft sind. Nur bei der Entstehung muß der Berechtigte Aktionär der Gesellschaft sein.

Eine Haftung trifft die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit von Angaben, die zum Zwecke der Gründung über die vorgenannten Gegenstände sowie über Übernahme der Aktien, Einzahlung auf die Aktien und Verwendung der eingezahlten Beträge gemacht werden. Ferner haften sie für die Eignung der Stelle, die zur Annahme der von den Aktionären zu leistenden Einzahlungen bestimmt worden ist, § 46 (39) Abs. 1.

§ 202 Abs. 1 HGB forderte noch Angaben zum Zwecke der Eintragung in das Handelsregister. Diese Voraussetzung erschien jedoch zu eng, da es sich nur um Angaben gegenüber dem Gericht handelte [1]. Das Bedürfnis nach einer weiteren Fassung zeigte sich darin, daß trotz des eindeutigen Wortlautes der Bestimmung des Handelsgesetzbuches auch Angaben gegenüber anderen Institutionen zur Haftungsbegründung ausreichen sollten [2]. Durch die Neufassung des Wortlautes ist diesem Bedürfnis entsprochen worden, so daß nunmehr nicht nur Angaben gegenüber dem Gericht, sondern auch gegenüber den prüfenden Gesellschaftsorganen, in der Errichtungsversammlung oder gegenüber einer Behörde, um die erforderliche Konzession zu erlangen, zur Haftung führen [3]. Diese Angaben müssen lediglich bestimmt sein, dem Gründungszweck zu dienen [4],

---

1) Staub, § 202 Anm. 6; Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 11 f.; Goldschmidt, § 202 Anm. I A.

2) So Brodmann, § 202 Anm. 4b; Brand, § 202 Anm. III 1a; RGSt 18, 105, 112; Schmidt, S.12.

3) Fischer in Grossk., § 39 Anm. 5; Ritter, § 39 Anm. 2b; v. Godin-Wilhelmi, § 46 Anm. 2 (2. Aufl. § 39 Anm. 4).

4) Fischer, aaO.

wobei naturgemäß in erster Linie die Angaben im Gründungsbericht und in der Anmeldung in Betracht kommen [1]. Als derartige Angaben sind auch die über die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen oder Sachübernahmen in Betracht zu ziehen, z.B. über die Rentabilität, Beginn des Geschäftsbetriebes oder Konzessionserteilung [2].

Die Haftung für die Zahlungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Einzahlungsstelle betrifft das Erfordernis, daß die eingezahlten Beträge von verantwortlichen Organen unbeschränkt von Belastungen oder Zugriffen Dritter zur Verfügung stehen. Dieser Haftungsgrund ist deswegen aufgestellt worden, weil Einzahlungen durch Gutschrift auf ein Bankkonto der Gesellschaft oder des Vorstandes geleistet werden können [3] und dieser Zahlungsmodus bestimmte Gefahren in sich birgt, die mit den Begriffen Zahlungsfähigkeit und Zuverlässigkeit weitgehend umschrieben sind. Insbesondere fällt darunter, daß der Betrag -nach der Bestätigung durch die Bank- ohne Beschränkung durch Gegenforderungen zur freien Verfügung des Vorstandes steht, § 37 (29) Abs. 1 S.2.

Die -zumindest grob fahrlässige- Schädigung der Gesellschaft durch Einlagen, Sachübernahmen oder Gründungsaufwand (§ 46 (30) Abs. 2) verpflichtet zum Schadensersatz unabhängig davon, ob die oben genannten Angaben richtig sind oder nicht. Das Leitmotiv dieser Bestimmung ist die "Angemessenheit": Nicht jeder beliebige Gründungsaufwand darf bewilligt werden, sondern nur ein solcher, an dessen Höhe die Gesellschaft keinen Schaden leidet [4]. Die Bewer-

---

1) Vgl. RGSt 30, 301, 310; RG 26, 42.
2) Fischer in Grossk., § 39 Anm. 6.
3) Fischer, aaO. Anm. 12.
4) Fischer, aaO. Anm. 13.

tung der einzubringenden oder von der Gesellschaft zu übernehmenden Gegenstände muß ebenfalls "angemessen" sein, wie sich aus dem Gründungsbericht bzw. den Vorschriften über die Nachprüfungspflicht des Registerrichters und die Gründungsprüfung ergibt [1].

Aber auch andere Schädigungshandlungen der Gründer sollen getroffen werden; z.B. wenn bei der Bareinlageverpflichtung nur eine "Scheinzahlung" geleistet wird [2] oder eine Sacheinlage bzw. -übernahme in der Satzung nicht gehörig festgesetzt wird und die Gesellschaft daher nur den Nenn- oder höheren Ausgabebetrag der Aktien in bar erhält [3]. Absatz 4 der Vorschrift setzt die Haftung der Gründer für die Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs fest. Nach dem Wortlaut der Bestimmung muß die Zahlungsunfähigkeit bereits in dem Zeitpunkt bestanden haben, in dem die Gründer die Beteiligung des Aktionärs angenommen haben. Tritt die Zahlungsunfähigkeit danach, aber vor Eintragung der Gesellschaft ein, so muß man die Verpflichtung der Gründer bejahen, diese Beteiligung wieder aufzuheben. Kommen die Gründer der Verpflichtung nicht nach, trifft sie die Haftung aus der Vorschrift ebenfalls [4]. Diese Folgerung ergibt sich aus dem Grundgedanken der Bestimmung, die Aufbringung des Anfangskapitals der Gesellschaft so weit wie möglich

---

1) Vgl. § 34 (26) Abs. 1 Ziff. 2; § 39 (31) Abs. 2; zu den Bewertungsproblemen i.e. vgl. Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 36 ff.

2) Schlegelberger-Quassowski, § 39 Anm. 4; Fischer in Grossk., aaO. Anm. 13.

3) Ritter, § 39 Anm. 2 f.

4) Fischer in Grossk., § 39 Anm. 15; v. Godin-Wilhelmi, § 46 (39), Anm. 11; Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 30; a.A. allein aus dem Wortlaut der Bestimmung heraus und ohne weitere Begründung Ritter, § 39 Anm. 8b; Schlegelberger-Quassowski, § 39 Anm. 5; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 46 (39) Anm. 4.

zu sichern.

Die Haftung der Gründergenossen bezieht sich auf den Nutzen, den jemand aus vorschriftswidrigem Gründungsaufwand zieht, oder auf Beteiligungshandlungen im Hinblick auf Verheimlichung von Gründungsaufwand bzw. Schädigung durch Einlagen oder Sachübernahmen (§ 47 (40) Ziff. 1, 2). Die Haftung aus der öffentlichen Ankündigung der Aktien gilt nur für die Handlungen des § 46 (39) Abs. 1 und 2, (vgl. § 47 (40) Ziff. 3).

Die Gründer und Gründergenossen haften nur, wenn den einzelnen ein Verschulden trifft. Der Grad des Verschuldens ist jedoch in den einzelnen Vorschriften verschieden. Setzen § 46 (39) Abs. 4 und § 47 (40) Ziff. 1, 2. Alternative und Ziff. 2 positive Kenntnis voraus, genügt nach §§ 46 (39) Abs. 1, 47 (40) und Ziff. 1, 1. Alternative und Ziff. 3 bereits leichte Fahrlässigkeit zur Haftungsbegründung. In § 46 (39) Abs. 2 ist das Verschulden auf zumindest grobe Fahrlässigkeit beschränkt, um die Teilnahmefreudigkeit an der Gründung einer Aktiengesellschaft nicht zu lähmen [1]. Die Vorschrift des § 46 (39) Abs. 3 betrifft die Haftung des Gründers, der an den Handlungen der Abs. 1 und 2 nicht beteiligt war, aber die objektiven Tatsachen kannte oder fahrlässig nicht kannte, die eine Haftung begründeten. Neben der Haftungsausdehnung kommt der Vorschrift im Hinblick auf das Verschulden die Bedeutung einer Umkehrung der Beweislast zu [2].

---

1) Vgl. RA 1937 Nr. 28; § 202 Abs. 1 S.2 HGB setzte noch eine "bösliche" Schädigung durch die Gründer voraus.

2) Allg. Ansicht; vgl. statt aller Fischer in Grossk., § 39 Anm. 21.

b) Der Schutzzweck der Vorschriften

Mit den Meinungen über die Schutzrichtung der Vorschriften über die Gründerhaftung (diejenigen über die Gründergenossenhaftung sind insofern gleichzustellen) setzt sich Schürmann [1] auseinander. Er lehnt die Ansichten, die in den Haftungsvorschriften eine Maßnahme zum Schutze öffentlicher Interessen erblicken [2], als unzutreffend ab; denn einmal stünden unmittelbar Geschädigte dem Gründungsschwindel näher als die Öffentlichkeit, so daß die Haftung auf einen privaten Interessenausgleich hinziele, zum anderen sei die Gesellschaft anspruchsberechtigt, so daß die Durchsetzung öffentlicher Interessen ausgeschlossen bleibe wie bei den Haftungsfragen zur Verwaltung der Aktiengesellschaft [3].

Dagegen könne aus den Ausführungen Wieners [4], durch den Anspruch der Gesellschaft sollten mittelbar die Gläubigerinteressen geschützt werden, ein Indiz für die Schutzrichtung der Vorschriften gewonnen werden, zumal an anderer Stelle [5] auch noch ausgeführt werde, daß Einzelansprüche in dem Anspruch der Gesellschaft aufgehen sollten, um Schwierigkeiten bei dem Nachweis von Schadens- und Kausalitätsfragen zu vermeiden [6]. Diese Ansicht werde aus einer anderen Sicht bestätigt: Durch

---

1) AaO. S.59 ff.

2) Vgl. die Literaturzusammenstellung bei Schürmann, aaO. S.59 ff.

3) S. Schürmann, aaO. S.65 mit Nachweisen.

4) ZHR 24 (1879), S.464.

5) Nieden, aaO. S.3; Motive 1883, S.120; RG 18, 56 ff.; Ritter, § 39 Anm. 11.

6) Schürmann, aaO. S.66.

die Haftungsvorschriften sollte die Aufbringung des Grundkapitals gesichert werden. Gemäß den Funktionen des Grundkapitals [1] würden also mehrere private Interessen geschützt, so daß man von der Aktiengesellschaft als einer "Interessenausgleichstelle" sprechen könne [2].

Zweier Ergänzungen bedürfen die Erörterungen Schürmanns: Wie sich aus den Ausführungen dieser Arbeit ergibt, kommen dem Grundkapital nicht nur die beiden genannten, sondern mehrere Funktionen zu [3]. Aus der Garantie- und Vermögensfunktion allein läßt sich nur der Schutz der Gläubiger und der Gesellschaft, nicht aber der Aktionäre erklären. Insoweit greift die Maßfunktion des Grundkapitals ein [4].

Obwohl man gemeinhin davon spricht, § 46 (39) bezwecke nur die Sicherung des Haftungstockes [5], ist das nicht richtig. Die Sicherung erstreckt sich vielmehr auch auf das Zusatzkapital (Agio), das zur gesetzlichen Rücklage gehört. Das folgt für § 46 (39) Abs. 1 daraus, daß sich die Angaben u.a. auf die eingezahlten Beträge und deren Verwendung bezieht, zu denen auch ein etwaiges Agio gehört (§ 36 (28) Abs. 2 S.2), und für Abs. 2 aus der Tatsache, daß als Einlage auch das auf die einzelne Aktie entfallende Zusatzkapital (Agio) anzusehen ist [6]. Denn es ist nachgewiesen worden, daß der gesetzlichen Rückla-

---

1) Schürmann führt zwei an, S.67.

2) AaO. S.68.

3) Vgl. oben S.33 ff. d.A.

4) Diese ist ja Maßstab für den verteilbaren Reingewinn. Ist das Grundkapital nicht voll aufgebracht, kann ein Gewinn nicht verteilt werden.

5) Vgl. Schürmann, S.66 f. mit Lit. Fn. 7 (auf S.66).

6) Vgl. S.54 ff. d.A.; auch Ballerstedt, Kapital, S.79.

ge von Gesetzes wegen die (teilweise allerdings abgeschwächten) Funktionen zugrundeliegen wie dem Grundkapital, soweit dessen Aufbringung in Frage steht. Von einer alleinigen Sicherung des Grundkapitals durch die Gründerhaftungsvorschriften kann nur in dem Sinne gesprochen werden, daß ja die gesetzliche Rücklage ebenfalls der Sicherung des Grundkapitals dient. Das ändert aber nichts daran, daß auch ein so verstandener Schutz nur dann gewährleistet ist, wenn der Haftungsbereich der Vorschriften die Aufbringung des Agios umfaßt.

§ 12: Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Gründer- und Gründergenossenhaftung im Rahmen der Kapitalerhöhung

I. Stellung und Aufgaben der Hauptversammlung, der Verwaltungsorgane und des Sacheinlegers bei der Kapitalerhöhung

Die Hauptversammlung trifft die Entscheidung darüber, ob das Grundkapital der Gesellschaft erhöht werden soll:

Der Erhöhungsbeschluß ist die Grundvoraussetzung dafür, daß ein Erhöhungsverfahren überhaupt eingeleitet wird [1]. Er ist mit einer qualifizierten Mehrheit gefaßt, auf die Abänderung des Verbandes gerichtet [2]. Kommt der Hauptversammlung diese zentrale Stellung innerhalb des Kapitalerhöhungsverfahrens zu, so stellt sich die Frage nach dem

---

1) Eine Ausnahme besteht lediglich bei dem genehmigten Kapital, soweit zur Kapitalerhöhung eine Ermächtigung in der Satzung vorgesehen ist, § 202 (169) Abs. 1.

2) Vgl. die Erörterungen über das Wesen der Kapitalerhöhung, S.166 f. d.A.; v. Salis, S.103.

notwendigen Inhalt des Erhöhungsbeschlusses, um die Kompetenzen des Vorstandes abgrenzen zu können.

Allgemein muß der Beschluß den Erhöhungsbetrag und den Ausgabebetrag der Aktien enthalten, falls die Ausgabe zu einem höheren als dem Nennwert erfolgen soll. Allerdings können sich hier aus Zweckmäßigkeitsgründen gewisse Abweichungen ergeben: Die Angabe eines festen Kapitalerhöhungsbetrages empfiehlt sich nur, wenn ein Konsortium die Zusicherung gegeben hat, die Aktien mit der Verpflichtung zu übernehmen, sie für den Bezug durch die Aktionäre der Gesellschaft bereitzuhalten, oder ein anderer fester Abnehmer der Anteile bereits feststeht. Muß das Kapital allerdings durch die Zeichnung der einzelnen Aktionäre aufgebracht werden, ist die Festsetzung einer Mindest- oder Höchstgrenze zweckmäßig, innerhalb deren die Erhöhung durchgeführt werden soll [1]. Sollen die Anteile zu einem höheren als dem Nennwert begeben werden, ist die Angabe eines Mindestbetrages erforderlich, unter dem die Aktien nicht ausgegeben werden dürfen, § 183 (149) Abs. 3. Der Nennwert der Aktien muß nur dann festgesetzt werden, wenn die Gesellschaft Aktien mit verschiedenen Nennbeträgen hat [2].

Die Fragen des Bezugsrechtsausschlusses und die Regelung bei Sacheinlagen sind bereits erörtert worden [3].

In diesem Zusammenhang entsteht die Frage, wer bei der Kapitalerhöhung den Wert der Sacheinlage festsetzt. Hierzu führt Ballerstedt [4] aus, die Bewertung der Einlage sei

---

1) Das ist allg. Meinung, vgl. statt aller Fischer in Grossk., § 149 Anm. 4.

2) Schlegelberger-Quassowski, § 149 Anm. 12.

3) Vgl. S. 60 ff. d.A.

4) Kapital, S.80 (Fn. 22.).

vertraglicher Regelung zwischen Vorstand und Zeichner vorbehalten, da nach § 183 (149) Abs. 3 nur der Mindestausgabebetrag der Aktien von der Hauptversammlung festzusetzen sei. Dabei sei der Vorstand an das Interesse des Unternehmens gebunden, das auf angemessenen Wertansatz gehe. Diesen Ausführungen Ballerstedts ist zwar für den konkreten Fall zuzustimmen, insgesamt ist das Problem aber vielschichtiger, als daß es mit wenigen Sätzen erschöpfend behandelt werden könnte.

Die Feststellung des Wertes der zu leistenden Sacheinlage wird zunächst in den vertraglichen Verhandlungen zwischen Sacheinleger und Vorstand als Organ der Aktiengesellschaft vorgenommen. Dabei spielen tatsächliche und wertmäßige Angaben des Inferenten eine ebenso große Rolle wie deren Überprüfung durch den Vorstand. Diese im Wege der Vertragsverhandlungen getroffene Feststellung des Wertes der zu leistenden Einlage, der dem objektiven Wert möglichst nahe kommen soll [1], ist jedoch nicht identisch mit der Festsetzung des Einlagewertes. Die Festsetzung hängt mit den beiden Faktoren Festsetzung des Nennwerts und des Ausgabewerts der Aktien sowie der Abhängigkeit dieser beiden Faktoren untereinander zusammen.

Bei der Erörterung dieser Abhängigkeit ist von einem vernünftigen wirtschaftlichen Denken auszugehen. Dem entspricht es, zunächst den Wert der Sacheinlage zu ermitteln, der für den Erhöhungs- und Ausgabebetrag der Anteile bestimmend ist [2]. Hat sich diese Ansicht für die Überbewertung einer Sacheinlage bereits durchge-

---

1) Dieser objektive Wert kann als Wertschätzung stets nur ein Annäherungswert sein, BGH 29, 300 (insbes. 304 ff.).

2) Allgemein für die Gründung Ballerstedt, aaO. S.71 (II).

setzt -der Wert einer Sacheinlage kann nicht mehr beliebig hoch angesetzt werden, wie man es nach früherer Ansicht für zulässig hielt, sondern es muß versucht werden, nach ordnungsgemäßen Bewertungsmaßstäben einen dem objektiven möglichst nahekommenden Wert zu ermitteln-, so geht man bei der Unterbewertung (mit der Folge stiller Reserven) gerade von dem Gegenteil aus; denn nicht der objektive Wert der Einlage bestimmt hier den Nenn- oder Ausgabewert, sondern umgekehrt der Nenn- oder Ausgabewert den Sacheinlagewert [1]. Nun hängt aber, soll eine Überbewertung vermieden werden, der Ausgabewert nicht nur von dem Einlagewert ab, sondern auch von dem Vermögens- und Ertragswert des Unternehmens [2]. Der Grundkapitalerhöhungsbetrag kann also nur so ermittelt werden, daß er als abhängig angesehen wird vom Sacheinlage- und Aktienausgabewert. Der aus dem inneren Wert der alten Aktien zu ermittelnde innere Wert der neuen Aktien ist Maßstab für deren Ausgabekurs. Aus dem Verhältnis des Sacheinlagewertes zu dem Ausgabekurs der einzelnen Aktie läßt sich die Anzahl der auszugebenden Aktien ermitteln, so daß dann der Erhöhungsbetrag errechnet werden kann. Die nach diesen Überlegungen zu ergreifenden Maßnahmen obliegen dem Vorstand; denn es handelt sich insofern um Maßnahmen der Geschäftsführung [3].

Andererseits ist aber die Bewertung auch Gegenstand des Einbringungsvertrages selbst [4]. Bestimmt nun die Hauptversammlung sowohl Ausgabe- als auch Erhöhungsbetrag, so setzt sie mit diesem Beschluß zugleich den Wert der

---

1) Vgl. Ballerstedt, aaO., der die herrschende Ansicht hier zutreffend analysiert.

2) Vgl. oben S.43 ff. d.A.

3) Ballerstedt, S.80.

4) Ballerstedt, S.75.

Einlage fest, mit dem er in die Bilanz einzustellen ist. Das gleiche gilt, wenn sie nur den Mindestnennbetrag der Aktien festsetzt; hier ist der Nennwert der Aktien zugleich deren fester Ausgabewert [1]. Der den Mindestnennbetrag übersteigende Wert der Sacheinlage tritt in der Bilanz nicht in Erscheinung, vielmehr kommt er der Gesellschaft als stille Reserve zugute [2]. Die Organe werden hier darauf achten, daß die stille Reserve wertmäßig die Summe der Agio-Beträge erreicht, die bei Festsetzung eines höheren Ausgabewertes bestehen würde. Das kann aber nur so geschehen, daß der Wert des Einlagegegenstandes zuvor ermittelt und anhand dieses Wertes unter Berücksichtigung des inneren Wertes der Aktien von der Hauptversammlung der Mindestnennbetrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien festgesetzt wird. In dieser für die Bilanz maßgebenden Wertfestsetzung des Einlagegegenstandes durch die Hauptversammlung liegt zugleich eine Wertermittlung, soweit die Wertfestsetzung nach dem inneren Wert der Aktien ausgerichtet ist. Dabei wird sich die Hauptversammlung in der Regel den zwischen Vorstand und Inferent getroffenen Vereinbarungen anschließen. Es ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß sie eine Kapitalerhöhung auf der Grundlage dieser Vereinbarungen ablehnt.

Ihr steht auf jeden Fall die letzte Entscheidung zu. Bestimmt sie nur den Erhöhungs- und Mindestausgabebetrag, geht sie von der Festsetzung eines Mindestwertes aus, zu dem die Einlage einzubringen ist. Dem Vorstand erteilt sie jedoch mit der Möglichkeit, einen höheren Aus-

---

1) Vgl. dazu Fischer in Grossk., § 149 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski, § 149 Anm. 13; Teichmann-Koehler, § 149 Anm. 5; Ritter, § 149 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 182 Anm. 3c (12. Aufl., § 149 Anm. 2).

2) Mellerowicz in Grossk., § 130 Anm.15; Schlegelberger-Quassowski, § 130 Anm. 6; Ritter, § 130 Anm. 3 zu Abs. 2 Nr. 2.

gabekurs festzusetzen, zugleich die Berechtigung, einen entsprechend höheren Wert der Sacheinlage anzunehmen. Diese "Bewertung" entspricht dann tatsächlich einer durch den Vorstand vorgenommenen Wertfestsetzung, die im Wege vertraglicher Regelung zwischen ihm und dem Zeichner erfolgt.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Bewertung der Sacheinlage bei der Kapitalerhöhung von Vorstand und Hauptversammlung Hand in Hand vorgenommen wird. Die Wertfestsetzung ist grundsätzlich Aufgabe der Hauptversammlung; sie geschieht nur dann durch den Vorstand, wenn die Hauptversammlung einen Mindestausgabebetrag festsetzt.

Weitere Angaben sind in dem Kapitalerhöhungsbeschluß nicht erforderlich. Fehlen sie, so greift die in der Satzung getroffene Regelung ein. Nur wenn Abweichungen von dieser Regelung gelten sollen, hat die Hauptversammlung sie ausdrücklich zu beschließen [1].

Dem Vorstand obliegt die Ausführung des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Er hat alle die Maßnahmen zu treffen, die im Hinblick auf Rechte und Pflichten des Zeichners von Bedeutung sind [2]. Ferner hat er (teilweise zusammen mit einem Mitglied des Aufsichtsrats) darüber hinaus alle Aufgaben wahrzunehmen, die sich im Hinblick auf eine möglichst reibungslose Durchführung der Kapitalerhöhung aus dem Gesetz ergeben:

Er hat zusammen mit dem Vorsitzer des Aufsichtsrats oder dessen Stellvertreter den Beschluß über die Grundkapital-

---

1) Fischer in Grossk., § 149 Anm. 6 - über weitergehende Erfordernisse bei der bedingten Kapitalerhöhung, die sich aus dem Gesetz ergeben, vgl. S.4 ff. d.A.

2) Sie sollen hier nicht i.e. noch einmal aufgeführt werden, da sie sich aus den Erörterungen über Einlagevertrag und Bezugsrecht ergeben.

erhöhung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wobei Angaben über die rückständigen Einlagen sowie die Gründe, weshalb sie nicht geleistet werden, zu machen sind, § 184 (151) Abs. 1, 2. Auch die Angaben gemäß § 188 (155) hat er dem Registergericht zu machen: Sie betreffen die ordnungsgemäße Einzahlung der erforderlichen Beträge, die schriftliche Bestätigung der Bank, daß der Vorstand über die Beträge frei verfügen kann, den Nachweis über Steuern und Gebühren, eine Berechnung der Emissionskosten, die den Festsetzungen von Sacheinlagen im Kapitalerhöhungsbeschluß zugrundeliegenden Verträge, die Doppelstücke der Zeichnungsscheine und ein Verzeichnis der Zeichner mit den auf die einzelnen Zeichner entfallenden Beträgen und von ihm geleisteten Einzahlungen.

Diese hier abgegrenzten Aufgaben nehmen die Hauptversammlung und der Vorstand in ihrer Eigenschaft als Organe der Gesellschaft wahr. Die Ausübung der mit der Organstellung verbundenen Funktionen verpflichtet den Inhaber zur Treue [1]. Er hat die Interessen der Gesellschaft sorgfältig wahrzunehmen. Das Korrelat der Verletzung dieser Organpflicht, die von dem daneben bestehenden Anstellungsvertrag zu trennen ist [2], durch den Vorstand ist die Haftung, § 93 (84). Diese Haftung bezieht sich auf seinen Verantwortungsbereich. Obliegt die Entscheidung der Haupt-

---

1) Mestmäcker, S.215; Schilling in Hachenburg, § 14 Anm. 7; A. Hueck, JZ 1956, S.61. A. Hueck, Treurechtsgedanke, S.13, u.a.; zur Treupflicht des Vorstandes vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 84 Anm. 6; Baumbach-Hueck, § 84 Anm. 8 (12. Aufl. § 75 Anm. 3b; § 70 Anm. 3 A; § 95 Anm. 1 B); Weipert in Grossk., § 84 Anm. 11; Ritter, § 84 Anm. 2d; vgl. auch Geßler, JW 1937, 501; BGH 13, 188 (192); RG, JW 1930, 2701; auf die dogmatische Begründung dieser Treupflicht soll hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu die Angaben bei Mestmäcker, aaO.

2) Westermann, Festschr. Vits, S.258.

versammlung, trifft den Vorstand die Verpflichtung zur korrekten Information, eine Haftung kann nur bei Verletzung dieser Pflicht eintreten [1].

Eine besondere Haftung der Aktionäre bei der Wahrnehmung ihrer Funktionen in der Hauptversammlung besteht demgegenüber nicht. Die einzige insoweit in Betracht zu ziehende Bestimmung, § 117 (101), schließt eine solche Haftung ausdrücklich aus (Abs. 7). Haftungsrechtlich steht die Hauptversammlung somit ähnlich da wie die Errichtungsversammlung bei der früheren Stufengründung, bei der nur die Zeichner, die nicht Sacheinleger waren, Stimmrecht hatten. War hier eine Haftung wegen der Einflußlosigkeit der Zeichner überflüssig, will man dort die Freiheit der Abstimmung nicht beeinträchtigen [2].

Die Haftung der Gründer für die in der Errichtungsversammlung getroffenen Maßnahmen stellt somit eine Ausnahme dar, die auch dann nicht durchbrochen wird, wenn man eine Haftung der an der Abstimmung Beteiligten nach allgemeinen Vorschriften (etwa § 826 BGB) zuläßt [3]; denn es kommt hier allein auf das System der Haftung für die Wahrnehmung bestimmter Funktionen nach dem Aktienrecht an, und insoweit gelten Sonderregelungen.

An dieser Stelle erscheint es zweckmäßig, einen Vergleich vorzunehmen, inwieweit die bei den beiden Instituten der Gründung und der Kapitalerhöhung vorzunehmenden Aufgaben verschiedenen Aufgabenträgern obliegen. Bei der Gründung

---

1) Vgl. Westermann, aaO. S.257.

2) Schlegelberger-Quassowski, § 101 Anm. 13.

3) Bejahend Schmidt/Meyer-Landrut in Grossk., § 101 Anm. 6, 16; Schlegelberger-Quassowski, § 101 Anm. 13; Teichmann-Koehler, § 101 Anm. 5; Baumbach-Hueck, § 117 Anm. 8; (12. Aufl. § 101 Anm. 1, 7); verneinend Ritter, § 101 Anm. 10; Dietrich, JW 37, 654.

nehmen -wie bereits festgestellt- sowohl die mit der Aufstellung der Satzung als auch der Bewertung der Einlagen zusammenhängenden Aufgaben die Gründer als organähnliche Aufgaben wahr. Bei der Kapitalerhöhung wird die Satzung nicht aufgestellt, sondern abgeändert. Der Satzungsaufstellung entspricht hier der von der Hauptversammlung vorzunehmende Kapitalerhöhungsbeschluß. Die Bewertung der Einlage i.S. der Wertfestsetzung wird bei der Kapitalerhöhung von der Hauptversammlung vorgenommen, die aber bestimmte Rechte auf den Vorstand delegieren kann [1]. An die Stelle der Aufgaben aus organähnlicher Rechtsstellung und Pflichtbindung der Gründer treten vergleichbare Aufgaben der Hauptversammlung als Organ. Der Aufgabenkreis ist beschränkt entsprechend dem zu regelnden Gegenstand bei der Kapitalerhöhung; die Machtlage der Hauptversammlung wie auch ihre Pflichtenlage entspricht der den Gründern auferlegten [2]. Es ist aber zweifelhaft, ob der der Hauptversammlung de jure zugesprochene Macht- und Pflichtenbereich auch in praxi besteht. Das kann am deutlichsten durch einen Vergleich mit den Aufgaben und Funktionen der Errichtungsversammlung bei der früheren Stufengründung festgestellt werden. Bei der Stufengründung bedurften die in der Satzung getroffenen Festsetzungen der Genehmigung durch eine konstituierende Errichtungsversammlung. Die Zustimmung zur Errichtung der Gesellschaft betraf inhaltlich alle Festsetzungen, die in der Satzung getroffen worden waren, bei Sacheinlagen also insbesondere die Bestimmung des für die Einlage zu gewährenden Nennbetrages der Aktien sowie deren Ausgabebetrag. Wie bereits dargelegt, hängt die Bestimmung beider untereinander u.a.

---

1) Vgl. S.183 ff. d.A.

2) Die sog. "mitgliedschaftliche" Pflichtbindung und Rechtslage bleibt hier außer Betracht; sie wurde bereits erörtert (S.

von der Bewertung der Sacheinlage ab, so daß deren Genehmigung zugleich die Zustimmung zu der Bewertung bedeutet. Die Zustimmung zur Gesellschaftserrichtung galt nur dann als erfolgt, wenn die abgegebenen Stimmen der Barzeichner die einfache Mehrheit der Erschienenen ausmachte und zugleich ein Viertel der im Aktionärsverzeichnis aufgeführten Aktionäre sowie des gesamten Grundkapitals erreichte [1]. Mit diesem Zustimmungserfordernis gab das Gesetz den Barzeichnern die Gelegenheit, eine umfangreiche Prüfung der in der Satzung getroffenen Festsetzungen vorzunehmen [2]. Die Zeichner konnten sich noch einmal im vollen Umfange der rechtlichen Folgen ihrer Zeichnung bewußt werden, indem sie anhand der Einzelheiten des Statuts, insbesondere der gesetzlich manifestierten "kritischen" Punkte [3] die Bedenken gegen die Beteiligung übersehen konnten [4]. Der Gedanke der Errichtungsversammlung bezweckte also allein den Schutz der nicht zu den Gründern i.w.S. zu zählenden Zeichner, der "Kleinaktionäre".

Die Zustimmung der Stufenzeichner war jedoch de facto bereits mit der Feststellung der Satzung durch die Gründer gegeben, weil der Zeichner ohne Vorbereitung über die Genehmigung oder Ablehnung des Gesamtstatuts zu befinden hatte, so daß Bedenken gegen einzelne Bestimmungen nicht mehr so stark ins Gewicht fielen [5], zum anderen bei den Zeichnern als Kleinaktionären mit geringer oder keiner kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und juristischen

---

1) Zu dem Erfordernis der einfachen Stimmenmehrheit vgl. § 113 AktG 1937, zu dem Erfordernis der gesetzlichen Mindestquoten, § 30 Abs. 9 AktG 1937.

2) Zu den möglichen Informationen im einzelnen vgl. Düringer-Hachenburg-Bing, § 196 Anm. 5 ff.; Staub-Pinner, § 196 Anm. 6.

3) Wozu ja gerade die Sacheinlage gehört.

4) Lehmann I, S.312; Staub-Pinner, § 196 Anm. 4.

5) Lehmann, aaO. S.312 f.

Praxis Voraussetzungen einer Überprüfung meist nicht vorhanden waren [1]. Diese Situation kann nicht ohne weiteres auf Wesen und Zusammensetzung der Hauptversammlung sowie deren Verhältnis zum Vorstand bei bestehender Aktiengesellschaft übertragen werden. Zwar kommt den Verwaltungsorganen eine erhebliche Machtfülle zu [2], und diese besteht nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch in Angelegenheiten, die nicht zu den gesetzlichen Machtbefugnissen der Verwaltung gehören. Das ist eine einfache Folgerung aus der Tatsache, daß die Wahrnehmung der Geschäftsführung stets einen tieferen Einblick in die gesamte Situation eines Unternehmens gewährt als die rudimentären Rechte, die dem Aktionär durch die Hauptversammlung als Organ verblieben sind [3]. Sie gewährt der Verwaltung viel eher die Möglichkeit, sachgerecht Entscheidungen zu treffen, und zwar auch auf Gebieten, auf denen -wie etwa dem der Kapitalerhöhung mit der Regelung vieler Einzelfragen- die Entscheidungsbefugnis bei der Hauptversammlund liegt.

Aber -und hier unterscheiden sich Haupt- und Errichtungsversammlung- die strukturelle Zusammensetzung der Hauptversammlung gewährleistet, daß auch de facto eine Entscheidung getroffen wird, die die Vorschläge der Verwaltung kritisch und eigenständig beurteilt, wobei der Sinn für wirtschaftliche Zusammenhänge eine erhebliche Rolle spielt. Zur Stützung dieser Ansicht genügt ein Hinweis auf die Unternehmer- oder Mehrheitsaktionäre [4] bzw. die

---

1) Diese mangelnden Voraussetzungen drücken sich andererseits in Gleichgültigkeit bezüglich des gesamten Vorganges aus, was selbst der Gesetzgeber in Rechnung gestellt hat (vgl. Düringer-Hachenburg-Bing, § 196 Anm. 10).

2) Vgl. zur Abgrenzung Mestmäcker, Verwaltung, S.80 ff.

3) Westermann, Festschr. Vits, S.256.

4) Vgl. dazu Mestmäcker, aaO. S.89 f.

Wahrnehmung des Stimmrechts durch die Banken [1]. Hier ist es eher umgekehrt, daß über den Aufsichtsrat Einfluß auf die Geschäftsführung der Verwaltung genommen wird. Demgemäß wird die Verwaltung in der Regel auch nur Vorschläge machen, der eine entsprechende Mehrheit der Aktionäre zustimmen kann.

Die typischen Minderheitsaktionäre genießen keinen Schutz, der dem der Zeichner bei der Errichtung der Aktiengesellschaft entspräche. Lediglich in dem Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit des Grundkapitals sowie einfacher Stimmenmehrheit bei dem Kapitalerhöhungsbeschluß kann ein gewisser Minderheitenschutz gesehen werden. Verhindert das Erfordernis der Kapitalmehrheit eine Herrschaft durch Mehrstimmrechtsaktien, so verhindert das Erfordernis der einfachen Stimmenmehrheit eine zu starke Einflußnahme der Großaktionäre durch ihre Kapitalmehrheit [2]. Der Sinn der gesetzlichen Regelung ist also mehr in einem Ausgleich der Einflußnahme auf das Unternehmen zu sehen. Die Voraussetzungen einer zwingenden qualifizierten Mehrheit bei einem Bezugsrechtsausschluß bezweckt dagegen den Schutz aller Aktionäre im Hinblick auf die Funktionen des Grundkapitals im sozialen Bereich; nur überwiegende Interessen der Gesellschaft gebieten es, die qualifizierte Mehrheit nicht in das Erfordernis eines einstimmigen Beschlusses umzuwandeln [3]. Hier ist lediglich im Schutzzweck eine gewisse Parallele gegeben.

Auf die Aufgaben des Vorstandes, soweit sie sich mit denen der Gründer aus organähnlicher Pflichtbindung ver-

---

1) Vgl. Wiethölter, S.316 ff., 322 ff.

2) Fischer in Grossk., § 146 Anm. 1; Ritter, § 146 Anm. 2.

3) Fischer in Grossk., § 153 Anm. 1.

gleichen lassen, braucht nicht mehr eingegangen zu werden. Sie sind bereits erörtert worden.

Die Rechte und Pflichten des Sacheinlegers sind rein vertraglich-mitgliedschaftlicher Natur [1]. Die Befugnisse, die bei der Gründung zur Annahme einer organähnlichen Stellung der Gründer, zu denen der Sacheinleger gehört, führen, kommen dem Inferenten bei der Kapitalerhöhung nicht zu. Die Konfliktstellung, hervorgehend aus der Wahrnehmung einander widersprechender Interessen, die in dem Erstreben einer möglichst hohen Beteiligung bei Leistung einer möglichst geringen Einlage (Eigeninteresse) und dem Interesse des Verbandes liegt, als "gesundes" Unternehmen in das Leben zu treten, besteht bei der Kapitalerhöhung nicht. Vielmehr tritt hier der Einleger als Vertragskontrahent den Organen der Gesellschaft gegenüber, die jene Pflichten wahrnehmen.

Aber auch mit den den Gründern auferlegten Verpflichtungen mitgliedschaftlicher Natur (falsche Angaben, falscher Zahlungsmodus, falsche Zahlungsstelle) kommt der Sacheinleger bei der Kapitalerhöhung nicht in Berührung. Sie obliegen kraft Gesetzes den Verwaltungsorganen der Gesellschaft.

II. Gründungsaufwand, Sondervorteile und Sachübernahme

Die Sacheinlage ist als einzige der bei der Gründung geregelten Gegenstände auch bei der Kapitalerhöhung einer Regelung unterworfen. Über Sondervorteile, Gründungsaufwand und Sachübernahmen enthält das Gesetz hier keine Bestimmungen. Das ist ohne weiteres verständlich im Hinblick auf die besonderen Vorteile des § 26 (19) Abs. 1:

---

1) Vertraglicher Natur i.S. Schürmanns, S.83 ff.

Denn sie werden aus Anlaß der Gründung zugunsten einzelner Aktionäre bedungen [1]. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß besondere Vorteile auch bei anderen Gelegenheiten (z.B. bei einer Kapitalerhöhung) bestimmten Aktionären der Gesellschaft gewährt werden [2], wenn auch erst nach Ablauf von 5 Jahren seit der Gründung [3] und unter peinlicher Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes [4]. Über diese Sondervorteile beschließen jedoch nur die Organe der Gesellschaft; der Aktienzeichner steht der Gesellschaft auch hier lediglich als Vertragspartner gegenüber, soweit ihm in dieser Eigenschaft Sondervorteile gewährt werden. Die rechtliche Doppelstellung, die ähnliche wie die Gründertreupflichten begründen würde, fehlt auch hier. Hat er bereits Aktien der Gesellschaft inne, so bestimmt sich die Haftung für eine Einflußnahme über die Hauptversammlung durch Abstimmung; eine Haftung entfällt.

Soweit diese Vorteile nicht durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden, ist eine Haftung praktisch nur nach dem Recht der unerlaubten Handlungen denkbar [5]. Das Sachübernahmegeschäft sowie der Gründungsaufwand, der sich aus Gründerlohn und Gründungskosten zusammensetzt, sind aus den oben genannten Gründen bei der Kapitalerhöhung ebenfalls nicht besonders geregelt. Die Sachübernahmevereinbarung, deren rechtlicher Charakter als Kauf-, Tausch- bzw. Werkvertrag

---

1) Fischer in Grossk., § 19 Anm. 2.

2) Ritter, § 19 Anm. 3e; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 Anm. 7.

3) Arg. § 178 (145) Abs. 3 - vgl. Ritter, aaO.

4) Ritter, aaO.; allgemein zum Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. G. Hueck, Festschrift Nipperdey I, S.335 mit weiteren Lit. Angaben Fn. 8.

5) §§ 117 Abs. 1, 3 (101 Abs. 1); 823 Abs. 2 i.V. mit einem Schutzgesetz; 826 BGB.

o.ä. allgemein anerkannt ist [1], liegt bei der Gründung ebenso wie die Festsetzung des Gründungsaufwandes im Bereich der Kollision des Eigen- und Privatinteresses der Gründer. Sowohl Gründungsaufwand als auch das Entgelt für den Gegenstand der Sachübernahme werden in der Regel von den Bareinlagen bestritten, die auf das Grundkapital oder als Agio eingebracht worden sind, wenn nicht bereits Darlehen von Gläubigern gewährt wurden. Treffen bei dem Sacheinleger diese Interessen notwendig aufeinander (der Sacheinleger ist immer Gründer), so tritt das bei der Festsetzung des Gründungsaufwandes bzw. der Leistung des Gegenstandes einer Sachübernahme nur dann ein, wenn ein Gründer der Berechtigte oder dessen Nutznießer ist. Liegt hier die typische Kollision der Eigen- und Verbandsinteressen noch vor, so läßt sich diese dann nicht mehr feststellen, wenn der Gründungsaufwand für einen Dritten festgesetzt wird bzw. dieser Vertragspartner des Sachübernahmegeschäfts ist und der Gründer mit ihm um eines Vorteils willen nicht gemeinsame Sache macht. Hier läßt sich die Gründertreupflicht nur noch aus der Zweckförderungs- und Organisationspflicht heraus erklären, die allein der Verpflichtung aus einer Machtlage entspricht, also nicht aus einer Interessenkollision hervorgeht.

Beide Gründe, die zu entsprechenden gesetzlichen Maßnahmen führen müßten, liegen bei der Kapitalerhöhung nicht vor. Trat die Frage des Gründungslohnes schon bei den Barzeichnern der früheren Stufengründung gar nicht auf, da sie als Gründer nicht in Betracht kamen und eine Haftung allenfalls nach § 47 (40) Ziff. 1 eintreten konnte, so können die Zeichner bei der Kapitalerhöhung eine solche Vergütung schon gar nicht erhalten, weil hier sämtliche Aufgaben von den Organen der Gesellschaft wahrgenommen werden. Lediglich eine Haftung der Banken für die übermäßig

---

1) Vgl. statt aller Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 3; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 Anm. 15 ff., 47 ff. (50).

hohe Vergütung aus der Vereinbarung über die Gewährung eines mittelbaren Bezugsrechts wäre denkbar; jedoch fehlt es hier ebenfalls an einer den Gründertreupflichten vergleichbaren Verpflichtung, da diese Vergütung im Wege der Vereinbarung festgesetzt wird.

Die Sachübernahme reicht (auch bei der Gründung) nicht in den Bereich der mit dem Grundkapital zusammenhängenden Fragen hinein. Sie ist lediglich ein Erwerbsgeschäft der Gesellschaft, das der Vorstand als geschäftsführendes Organ auszuführen hat. Der Vertragspartner der Gesellschaft hat rechtlich die gleiche Stellung wie derjenige der Gründer: Er steht außerhalb des Verbandsgeschehens und der mit ihm verbundenen Pflichten. Ihn trifft, sieht man einmal von der Gründergenossenhaftung ab, nur eine schuldrechtliche Haftung aus Vertrag. Die aktienrechtliche Haftung trifft die Personen, die in diesem Falle Interessen der Gesellschaft auf organrechtlicher oder organähnlicher Grundlage wahrnehmen, also Vorstand oder Gründer.

Zusammenfassend läßt sich vorläufig feststellen, daß eine Haftung nach § 46 (39) Abs. 1-4 bei der Kapitalerhöhung nicht in Betracht gezogen werden kann, weil die auf die Stellung der Gründer bezogene typische Macht- und Gefahrenlage der Sacheinleger bei der Kapitalerhöhung nicht trifft. Aus diesem Gedanken heraus braucht auch eine Haftung für die Empfänger von Gründungsaufwand und Sondervorteilen nicht aufgestellt zu werden. Die bei der Gründung besonderen Regeln unterliegende Sachübernahme bedarf später keiner besonderen Regelung, weil sie mit den Maßnahmen, die das Grundkapital betreffen, nichts gemeinsam hat und die Gründe, die zu einer Gründerhaftung führen, bei bestehender Aktiengesellschaft nicht mehr gegeben sind. Allerdings stellt das Gesetz für eine Zeit von zwei Jahren nach der Gründung für den Erwerb von Ge-

genständen, die 10 % des Grundkapitals übersteigen, eine Sondervorschrift auf (§ 52 (45)). Das Gesetz geht von der Vermutung aus, daß die Gründer auch nach Entstehung der Gesellschaft für eine gewisse Zeit einen maßgeblichen Einfluß auf den von ihnen bestellten Aufsichtsrat und damit mittelbar auf den Vorstand ausüben. Das Gesetz will verhindern, daß die Gründer durch eine solche Einflußnahme Gegenstände zu einem überhöhten Preis an die Gesellschaft veräußern oder vor Entstehung der Gesellschaft abgeschlossene Verträge erst nach der Eintragung der Gesellschaft ausgeführt werden [1]. Dieser Einfluß wird nach Ablauf von zwei Jahren für überwunden erachtet, so daß dann auch größere Anschaffungsgeschäfte der Gesellschaft vom Vorstand vorgenommen werden können.

III. Die Haftung des Sacheinlegers nach den Gründerhaftungsvorschriften (entsprechend der Stufengründung)

Nach dem bisherigen Aktienrecht waren Gründer nicht nur diejenigen, die sich an der Feststellung der Satzung beteiligt hatten, sondern auch die Sacheinleger [2]. Diese Bestimmung betraf den Fall der Stufengründung, bei der die Zeichner der Aktien auch Sacheinlagen einbringen konnten. Die Folgen für den zeichnenden Sacheinleger waren sehr streng: Ihn trafen Pflichten, wie sie mit der Stellung eines Gründers verbunden waren. Er hatte mit den übrigen Gründern einen Gründungsbericht zu erstatten [3], die Hauptversammlung zu berufen, die den ersten Aufsichtsrat zu bestellen hatte [4], die Gesellschaft zur Eintragung

---

1) Fischer in Grossk., § 45 Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, § 45 Anm. 1; Teichmann-Koehler, § 45 Anm. 1; Ritter, § 45 Anm. 2.

2) § 21 S.2 AktG 1937; § 187 HGB.

3) § 30 Abs. 2 i.V. mit § 24 AktG 1937.

4) § 30 Abs. 4 AktG 1937.

in das Handelsregister anzumelden sowie den damit verbundenen Verpflichtungen nachzukommen [1]; ihn traf ferner die volle Haftung als Gründer gemäß § 39 AktG 1937, obwohl er an der Feststellung der Satzung nicht beteiligt war (vgl. den ausdrücklichen Wortlaut des § 21 sowie § 30 Abs. 1 AktG 1937, nach dem die nachfolgenden Vorschriften einzuhalten waren, wenn die Aktionäre, welche die Satzung festgestellt hatten, nicht alle Aktien übernahmen; erst in diesem Stadium trat der zeichnende Sacheinleger auf) und ihm sogar das den übrigen Zeichnern zustehende Stimmrecht gemäß § 30 Abs. 9 AktG 1937 abgesprochen wurde [2].

Aus diesen Erörterungen können zugleich Folgerungen im Hinblick auf die Stellung des zeichnenden Sacheinlegers gezogen werden: Ihn trafen Verpflichtungen aus Sacheinlage- und Zeichnungsvertrag sowie aus mitgliedschaftlicher Pflichtbindung. Auf die Satzungsfeststellung hatte er ebensowenig Einfluß wie auf Wertfestsetzungen. An der Entwicklung des Gründerbegriffes soll gezeigt werden, daß den Gründer auch als Sacheinleger eine Haftung nach Gründerhaftungsrecht trifft, obwohl das neue Aktienrecht als

---

1) § 30 Abs. 5 i.V. mit §§ 28, 29 AktG 1937.

2) Dem zeichnenden Sacheinleger kam ebenso wie den übrigen Gründern ein Stimmrecht jedoch zu, wenn in der konstituierenden Versammlung eine Satzungsänderung im Hinblick auf bestimmte Gegenstände vorgenommen werden sollte (§ 30 Abs. 10 AktG 1937). Wenn die überwiegende Ansicht diese Konsequenz nur zuließ, weil sie Satzungsänderung und Errichtung trennte (Düringer-Hachenburg-Bing, § 197 Anm. 5; Ritter, Anm. 14b; Schlegelberger-Quassowski, Anm. 1; Teichmann-Koehler, Anm. 7b; v. Godin-Wilhelmi (2. Aufl.) Anm. 22 je zu § 30), so war dieser Ausgangspunkt richtig (a.A. Fischer in Grossk., Anm. 26). Denn beinhaltete der Beschluß nur die Änderung, so mußte dem noch ein die gesamte Satzung billigender Errichtungsbeschluß folgen, für den dann wieder § 30 Abs. 9 AktG 1937 galt.

Gründer nur noch die Personen anerkennt, welche die Satzung festgestellt haben. Erst dann ist die Frage aufzuwerfen, ob der spezielle Fall der Kapitalerhöhung eine solche Haftung erfordert [1].

Nach allgemeinem Sprachgebrauch versteht man unter den Gründern alle diejenigen, die an der Errichtung einer Aktiengesellschaft mitgewirkt haben [2]; denn sie sind die Schöpfer der Idee des Unternehmens und bestimmen dessen gesamte Organisation [3]. Dieser Gründerbegriff wurde jedoch durch das Gesetz von vornherein erheblich eingeschränkt [4]: Als Gründer galten einmal die Aktionäre der Gesellschaft, welche die Satzung festgestellt hatten, sowie diejenigen, die Mitgliedschaftsrechte gegen Leistung von Sacheinlagen erwarben [5]. Da bei der Formulierung des Gesetzes Meinungsverschiedenheiten darüber entstanden, ob der Sacheinleger, der sich nicht an der Feststellung der Satzung beteiligte, überhaupt Zeichner war [6], beseitigte AktG 1937 diese Unklarheit durch eine andere Formulierung [7], ohne sachlich eine Änderung herbeizuführen [8].

---

1) Dem Sacheinleger bei der Kapitalerhöhung bürdet z.B. Lutter, S.283 f. eine Haftung entspr. § 46 (39) Abs. 2 auf, vgl. für die Schweiz z.B. Balastèr, S.134.

2) K. Wieland II, S.57; Düringer-Hachenburg-Bing, § 187 Anm. 1; vgl. auch K. Lehmann, S.319 f.

3) Wieland, aaO.

4) Art. 209c ADHGB, § 187 HGB.

5) Vgl. den Wortlaut von § 187 HGB: " Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben oder andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen machen, gelten als die Gründer der Gesellschaft".

6) Vgl. dazu Lehmann I, S.319 Fn. 4 einerseits und Düringer-Hachenburg-Bing, § 187 Anm. 2 f., 6.

7) § 21 AktG 1937: "Die Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben, sind die Gründer der Gesellschaft. Bei der Stufengründung sind Gründer auch die Aktionäre, die Sacheinlagen machen, ohne sich an der Feststellung der Satzung beteiligt zu haben".

8) Fischer in Grossk., § 21 Anm. 3.

Die Einschaltung der Bestimmung durch die Novelle von 1884 (Art. 209 ADHGB) ist eine Folge der hauptsächlich durch Sachgründungen hervorgerufenen Mißstände [1], wie sie in der Gründerzeit auftraten. Es sollten im Fall der Stufengründung vor allem die Personen getroffen werden, die, ohne Feststeller der Satzung zu sein, als Inhaber des Geschäfts dessen Fortbetrieb auf der Grundlage der Aktiengesellschaft durchführen wollten [2]. Wenn nun AktG 1965 die Stufengründung abgeschafft hat, entfällt zugleich die Notwendigkeit, den Sacheinleger unter den Gründerbegriff fallen zu lassen. Denn bei der Simultangründung ist der Sacheinleger zugleich Feststeller der Satzung, so daß beide Momente zusammenfallen [3]. Der Schutzzweck der Vorschriften über die Gründerhaftung hat sich also nicht geändert. Es sollen durch die strenge Haftung auch die mit der Leistung von Sacheinlagen verbundenen besonderen Gefahren gebannt werden.

Konstruktiv war die Haftung des zeichnenden Sacheinlegers als eine Haftung kraft gesetzlichen Beitritts zu der Verpflichtung der die Satzung feststellenden Gründer zu charakterisieren. Da die Gründerhaftung des § 46 (39) Abs. 2 auf einer organähnlichen Pflichtbindung beruht, können schädigende Handlungen nur durch die Satzungsaufstellung oder Bewertung vorgenommen werden. Gerade an diesen Handlungen ist jedoch der Gründer als Sacheinleger nicht beteiligt. Da AktG 1937 aber den Begriff in § 39 allgemein verwandte, fiel der zeichnende Sacheinleger ebenfalls darunter. Das Gesetz belastete ihn folglich mit einer Haftung aus dem einem vorvertraglichen Schuldverhältnis vergleich-

---

1) Düringer-Hachenburg-Bing, § 187 Anm. 6.

2) Staub-Pinner, § 187 Anm. 3.

3) Düringer-Hachenburg-Bing, § 187 Anm. 3.

baren Rechtsverhältnis, das die Gründer (gemeint sind hier die Beteiligten, die die Satzung feststellen) eingegangen sind.

Bei der Prüfung der Frage, ob den Sacheinleger auch bei der Kapitalerhöhung eine Haftung entsprechend diesen Grundsätzen trifft, ist zu differenzieren:

Eine Haftung für die Aufgaben, die bei der Gründung aus der mitgliedschaftlichen Pflichtbindung hervorgehen, ist bei der Kapitalerhöhung dadurch ausgeschlossen, daß Handlungen dieser Art den Verwaltungsorganen der Gesellschaft obligen oder gar nicht vorausgesetzt werden.

Eine Haftung aus Handlungen, die organschaftlicher Pflichtbindung unterliegen, kann bei der Kapitalerhöhung nicht eintreten, wenn sie von der Hauptversammlung vorgenommen werden. Denn die Aktionäre trifft für die Mitwirkung bei der Beschlußfassung keine Haftung; diese gesetzliche Wertung im Hinblick auf die Stellung der Aktionäre bei dem Kapitalerhöhungsvorgang kann auf die Beurteilung der Position des Sacheinlegers nicht ohne Auswirkung bleiben: Ohne daß die Stellung der Aktionäre in der Hauptversammlung rechtsdogmatisch genauer untersucht werden müßte, kann bereits aus der fehlenden Haftung gefolgert werden, daß eine Haftung des Sacheinlegers kraft gesetzlichen Beitritts ausgeschlossen ist. Denn trifft die Aktionäre als die in der Versammlung handelnden und verantwortlichen Personen keine Rechtsfolgen, können diese Folgen auch nicht für den Haftungsbeitritt eines nicht verantwortlich Handelnden herbeigeführt werden.

Ein anderer Ausgangspunkt für die Beurteilung ist zu wählen, soweit der Vorstand verantwortlich handelt. Da ihn für sein Handeln eine Organhaftung trifft, ist ein kraft Gesetzes angeordneter Beitritt des Sacheinlegers mit der

Folge der Haftung denkbar. Ob sie bei der Kapitalerhöhung eingreift, ist aus der Bewertung der gesamten Interessenlage zu lösen.

Die gefährdeten Interessen bei der Aufbringung des Grundkapitals sind bereits erörtert und mit den Funktionen des Grundkapitals in Verbindung gebracht worden. Abgewogen werden soll hier das Maß dieser Gefährdung bei den beiden Vorgängen der Aufbringung des Grundkapitals. Auszugehen ist zunächst von dem grundsätzlichen Unterschied, daß bei der Kapitalerhöhung die Gesellschaft als solche besteht. Es ist bereits ein solides und fundiertes Unternehmen vorhanden, das eine wirtschaftliche Geschäftstätigkeit aufgenommen hat und meist Gewinne erzielt. Bei der Gründung ist insofern eine andere Sachlage gegeben. Demgemäß ist auch die Verlockung, schwindelhafte, unsolide Gründungen vorzunehmen, sehr groß. Kommt es einer Gründergemeinschaft nur darauf an, aus der Gründung durch Veräußerung der Aktien, Aufnahme von Krediten etc. persönliche Gewinne zu erzielen, ohne daß der Gesellschaft entsprechende Gegenwerte zufließen, so steht dem kein Unternehmen gegenüber, dessen Fortführung mit einer gewissen Sicherheit für die interessierten Kreise erheblich mehr Gewinn bringen würde. Genau dieses Interesse, durch die Geschäftstätigkeit des bestehenden Unternehmens weiterhin Gewinn zu erzielen, besteht jedoch bei der Kapitalerhöhung.

Die andersartigen Erfahrungen, die man in der Gründerepoche auch mit Kapitalerhöhungen gemacht hatte, beruhten auf einer gegenteiligen Erscheinung: Die Kreise, die sich ein Bezugsrecht hatten zusichern lassen, waren hauptsächlich die Gründer. Einerseits hatten sie bei der Gründung bereits erhebliche Gewinne erzielt, andererseits hatten sie jedoch noch so viel Einfluß auf die Organe, daß sie die Durchführung von Kapitalerhöhungen bewirken konnten,

um aus dem Verkauf der Anteile, deren Bezug sie sich hatten zusichern lassen, durch Betreiben von Agiotage erheblichen Gewinn erzielen zu können. Diese Gefahr ist durch die Einräumung des Bezugsrechtes an die Aktionäre sowie die Übertragung der Entscheidungsbefugnis über die Kapitalerhöhung auf die Hauptversammlung beseitigt worden. Selbst wenn nunmehr ein Aktionär den Ausschluß des Bezugsrechts (zu seinen Gunsten) anstrebt, so wird er das aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung nicht zum Zweck der Agiotage tun, sondern um seine Mehrheit aus Interesse an dem Unternehmen zu erweitern. Insofern greifen jedoch andere Schutzvorschriften ein [1].

Geht man von dieser Betrachtungsweise, die den Gehalt der Gründerhaftungsvorschriften mehr historisch auslegt, ab, kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Anhaltspunkte für eine anderweitige Auslegung bietet die Einführung des Erfordernisses der (groben) Fahrlässigkeit für eine Schädigung durch Sacheinlagen, Sachübernahme etc.: Auch hier (wie bei Abs. 1 und 3) soll nicht nur der (vorsätzliche) Gründungsschwindel getroffen, sondern die Gründung soll mit einem möglichst hohen und zumutbaren Grad an Sorgfalt vorgenommen werden. Den Grad der Zumutbarkeit bei Schädigung durch Sacheinlagen u.ä. sieht das Gesetz in der Haftung für grobe Fahrlässigkeit. Diese Sorgfalt wird bei der Kapitalerhöhung jedoch durch andere, oben bereits angeführte Momente garantiert: Die Festsetzung der Nenn-

---

1) Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 52 (45) auf die Kapitalerhöhung ist deswegen abzulehnen, weil der Regelungsgrund nicht zutrifft: Die Vorschrift soll verhindern, daß Sacheinlagen unter Umgehung der maßgeblichen Vorschriften de facto dadurch geleistet werden, daß eine Aufspaltung in Barzeichnung, Verkauf nach Entstehung der Gesellschaft und eine Verrechnung von Kaufpreis und Bareinlageschuld erfolgt, vgl. Lutter, S.310 mit Nachw.

und Ausgabebeträge durch die Hauptversammlung, die zugleich eine Bewertung enthält, sowie die Verpflichtung des Vorstandes zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung, zu der bei der Kapitalerhöhung die Vornahme einer ordnungsgemäßen Bewertung einer Sacheinlage (durch Beauftragung von Prüfern) gehört, damit die Hauptversammlung den Wert aufgrund dessen ordnungsgemäß festsetzen kann.

Das Gesetz enthält eine objektive Bewertung der Gefährlichkeit der Sacheinlage bei der Kapitalerhöhung: Es schreibt hier nur einen Teil der bei der Gründung einer Aktiengesellschaft bestehenden Verpflichtungen vor. Wie bei der Gründung in der Satzung sind bei der Kapitalerhöhung in dem Kapitalerhöhungsbeschluß Angaben über den Gegenstand der Sacheinlage, die Person des Inferenten sowie den für die Sacheinlage zu gewährenden Nennbetrag der Aktien zu machen [1]. Diese Angaben hat ebenfalls stets der Zeichnungsschein (bzw. die Bezugserklärung) zu enthalten. Werden diese Erfordernisse nicht beachtet, so treten die gleichen Folgen ein wie bei der Gründung: Die Leistung ist in bar zu erbringen [2].

Diese Angaben, deren Schutzzweck darin besteht, die Mitglieder der Gesellschaft und Gläubiger vor einer Benachteiligung durch Verschleierungen zu bewahren [3], werden durch eine weitere Publizitätsvorschrift ergänzt: Der Beschluß kann nur dann gefaßt werden, wenn die Einbringung der Sacheinlage ausdrücklich und fristgemäß angekündigt worden ist [4]. Der erhöhte Publizitätsschutz soll nach

---

1) Eine Ausnahme bildet das genehmigte Kapital: Hier hat der Vorstand die Festsetzungen zu treffen, wenn sie nicht in der Ermächtigung enthalten sind.

2) Vgl. hierzu und zu dem Vorstehenden §§ 183 (150), 185 (152), 194 (161), 198 (165), 205 (172).

3) Fischer in Grossk., § 150 Anm. 2; - vgl. §§ 183 (150), 124 (108).

4) Entsprechendes gilt für das genehmigte Kapital mit Sacheinlagen, §§ 202 (169), Abs. 2 i.V. mit 179 (145) Abs.2.

dem Sinn des Gesetzes die fehlende Einlageprüfung (entsprechend der Gründungsprüfung) ersetzen. Von dieser ist nur das Recht und die Pflicht des Registerrichters verblieben, bei einer offensichtlichen Überbewertung die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung abzulehnen [1]. Den Richter trifft also in gewissem Umfang die Verpflichtung, die Bewertung der Sacheinlage nachzuprüfen; hat er Zweifel, ob der Wert der Sacheinlage den Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht, hat er eine Prüfung durch einen oder mehrere Prüfer zu veranlassen (§ 184 Abs. 3) [2]. Ebenso wie die Pflichtprüfung entfällt bei der Kapitalerhöhung ein besonderer Bericht, der dem Gründungsbericht entspräche. Der Hauptversammlung kann schlechterdings nicht ein Bericht über die Erhöhung auferlegt werden; eine solche Aufgabe könnten nur Vorstand oder Aufsichtsrat wahrnehmen [3]. Der Vorstand ist jedoch schon kraft seiner Geschäftsführung verpflichtet, die mit der ordnungsgemäßen Erbringung der Sacheinlage zusammenhängenden Maßnahmen zu ergreifen [4] und intern für die Hauptversammlung einen Bericht zu verfassen.

Von der Einführung einer Pflichtprüfung hat man andererseits abgesehen, um die Kapitalerhöhung nicht unnötig zu erschweren [5]. Diese Erschwertung wäre jedoch, hätte man

---

1) Vgl. §§ 184 (151) Abs. 3; 188 (155) Abs. 4; 195 (162) Abs. 3; 203 (170) Abs. 1.

2) Vgl. für die alte Fassung (AktG 1937) Fischer in Grossk., § 151 Anm. 6; Schlegelberger-Quassowski, § 151 Anm. 3; Teichmann-Koehler, § 151 Anm. 3; Ritter, § 151 Anm. 4; v. Godin-Wilhelmi, § 151 Anm. 3.

3) Vgl. auch die entspr. Regelung bei der Nachgründung (§ 52 (45) Abs. 2) sowie den vor der Eintragung der Gesellschaft getroffenen Sacheinlagevereinbarungen (§ 206 (173)).

4) Vgl. Ballerstedt, S.80 Fn. 22.

5) Amtl. Begr. 1937, RA Nr. 28.

sie für nötig zu erachten, in Kauf zu nehmen, um eine Aufbringung des Grundkapitals nicht zu gefährden. Sicher würde die Einführung einer Pflichtprüfung eine letzte Sicherheit bieten, um Unregelmäßigkeiten auszuschließen. Diese ist jedoch nicht in dem Maße erforderlich wie bei der Gründung; denn das Interesse an der Erhaltung des Unternehmens, gegenseitige Kontrolle der Organe und Verteilung der Aufgaben auf sie sind bei der Kapitalerhöhung wesentlich stärker vorhanden als bei der Gründung, bei der die Aufgaben fast nur den Gründern obliegen. Allein das ist schon Sicherung genug, um mit dem Mindestmaß der oben beschriebenen Schutzvorschriften bei der Kapitalerhöhung auszukommen.

Eine weitere Regelung im Aktienrecht deutet die unterschiedliche Bewertung der Interessen bei der Kapitalerhöhung und Gründung an:

§ 206 (173) bestimmt, daß bei Vereinbarungen über Sacheinlagen vor der Eintragung der Gesellschaft diese in die Satzung aufzunehmen und die für die Gründung geltenden Erfordernisse bestimmter Vorschriften zu beachten sind. Die Ermächtigung muß nach dem Sinn der Vorschrift bereits in der ursprünglichen Satzung enthalten sein und kann nicht erst durch Satzungsänderung eingefügt werden [1]. Die Vorschrift soll verhindern, daß die Verwaltung unmittelbar nach der Gründung eine Kapitalerhöhung kraft Ermächtigung vornimmt, ohne daß eine Gründungsprüfung stattfände oder ein Gründerbericht erstattet würde; denn dann könnten bestimmte Gründungsvorschriften mißbräuchlich umgangen werden [2]. Das

---

1) Weipert-Schilling in Grossk., § 173 Anm. 3; s. auch Ritter, § 173 Anm. 1.

2) Ritter, aaO.; Teichmann-Koehler, § 169 Anm. 6; Weipert-Schilling, aaO. Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, § 169 Anm. 1.

Gesetz mißtraut hier erneut den Gründern: Zwar soll ihnen die Möglichkeit, nach der Gründung Kapital in die Gesellschaft einzubringen, gewährt werden, da der Vorgang aber vor Gründung der Gesellschaft vereinbart wurde, kann die spätere Hauptversammlung keinen Einfluß darauf nehmen. Diesen Einfluß sieht das Gesetz aber dann als gewährleistet an, wenn die Hauptversammlung die Ermächtigung ausgesprochen hat.

Die Bewertung der Interessenlage durch das Gesetz spricht also gegen eine Haftung des Sacheinlgers nach Gründerhaftungsrecht bei der Kapitalerhöhung auch in den Fällen, in denen ein Zuwiderhandeln gegen die organähnliche Pflichtbindung bei der Gründung eine Haftung des Sacheinlegers herbeigeführt hätte.

IV. Die Gründergenossenhaftung

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich für die Anwendbarkeit der Gründergenossenhaftung auf die Kapitalerhöhung, daß § 47 (40) Ziff. 1, der den Gründungsaufwand betrifft, hier nicht zutrifft.

Für eine entsprechende Anwendbarkeit des § 47 (40) Ziff. 2, dessen rechtliches Wesen als unerlaubte Handlung charakterisiert wurde, besteht kein Bedürfnis. Soweit ein außenstehender Dritter wissentlich bei Handlungen des Vorstandes und Aufsichtsrats mitwirkt, die zu einer Schädigung der Gesellschaft führen, muß die entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmung aus den gleichen Gründen abgelehnt werden, mit denen eine Haftung des zeichnenden Sacheinlegers verneint worden ist [1]. Begehen die Mitglieder der

---

1) S.S.199 f. d.A.

Hauptversammlung über dieses Organ Schadenshandlungen, entfällt die Haftung des Dritten, weil diese Handlungen nach der aktienrechtlichen Regelung keine Haftung herbeiführen können.

§ 47 (40) Ziff. 3 wird verschiedentlich auf die Kapitalerhöhung für entsprechend anwendbar erklärt [1]. Diese Auslegung ist jedoch nicht korrekt. Sie muß sich an den o.g. Kriterien orientieren. Der Emissionsvorgang wird in der genannten Bestimmung in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gründungsvorgang gebracht. Da sich die Kapitalerhöhung von diesem Vorgang unterscheidet und die bei ihr vorliegenden Interessenlagen anders als bei der Gründung zu bewerten sind, kann die Bestimmung nicht entsprechend angewendet werden [2].

§ 13: Die Haftung des Inferenten nach § 117 (101) AktG

Eine Haftung des Sacheinlegers kann auch nach der Vorschrift des § 117 (101) in Betracht kommen. Ihr hauptsächlicher Zweck besteht darin, einen Mißbrauch des Einflusses der Aktionäre und Dritter u.a. auf Vorstand und Aufsichtsrat zu verhindern [3].

Die Vorschrift verpflichtet denjenigen zum Schadensersatz,

---

1) Fischer in Grossk., § 40 Anm. 12; Düringer-Hachenburg, § 203 Anm. 12; Makower, § 203 I a 3; Brand, § 203 Anm. 2a; Baumbach-Hueck, § 47 Anm. 6 (12. Aufl. § 40 Anm. 4 B); Ritter, § 40 Anm. 2c.

2) Wie hier i.E. Schlegelberger-Quassowski, § 40 Anm. 5; Brodmann, § 203 Anm. 1.

3) Schmidt/Meyer-Landrut, Einl.; Ritter, Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, Anm. 1; Teichmann-Koehler, Anm. 1; Baumbach-Hueck, 12. Aufl., Anm. 1; je zu § 101; Baumbach-Hueck (13. Aufl.) § 117 Anm. 8.

der vorsätzlich unter Benutzung [1] seines Einflusses auf die Gesellschaft eine der vorgenannten Personen bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, § 117 Abs. 1 [2]; ferner haftet mit dem Dritten derjenige als Gesamtschuldner, der aus der schädigenden Handlung einen Vorteil erlangt, sofern er die Beeinflussung vorsätzlich veranlaßt hat, § 117 Abs. 3. Die Haftung aus gesellschaftsschädigendem Verhalten ist also erheblich verschärft worden.

Der Einfluß auf die Gesellschaft kann auf verschiedenen Tatsachen beruhen: Aktienbesitz, Lieferantenstellung und Kreditgeberstellung seien als hauptsächliche wiederkehrende Beispiele aufgeführt. Der Einfluß von Banken beruht gewöhnlich auf der Stellung als Kreditgeber. Ein persönlicher Einfluß auf Vorstand oder Aufsichtsrat, der kein unmittelbarer Einfluß auf die Gesellschaft wäre, scheidet nach dem Zweck der Bestimmung aus; denn es soll die Benutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung verhindert

---

1) AktG 1937 gebrauchte in § 101 Abs. 1 den Begriff "auszunutzen", in Abs. 3 den Begriff "benutzen". Demgemäß war die Auslegung umstritten: Der Ausdruck "ausnutzen" sollte vom Gesetzgeber an die Stelle der Ausdrücke "mißbrauchen" und "benutzen" gesetzt worden sein, um die Handlung als eine nicht einwandfreie, jedoch andererseits nicht mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftete zu charakterisieren (Schlegelberger-Quassowski, aaO. Anm. 3). § 117 Abs. 1 enthält insoweit eine Klarstellung: Der Begriff "Ausnutzung" ist durch den der "Benutzung" ersetzt worden; denn jede Benutzung eines Einflusses auf die Gesellschaft verstoße gegen die Grundsätze anständiger Kaufmannschaft (Begründung zu § 113 Reg. Entwurf 1960).

2) § 101 AktG 1937 stellte noch strengere Anforderungen auf: Der Schädiger mußte zwecks Erlangung von Sondervorteilen für sich oder andere vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrates zu einer Schädigungshandlung bestimmen.

werden, die im Verhältnis zur Gesellschaft besteht [1]. Der gemäß § 117 Abs. 3 erlangte Vorteil braucht nach dem Wortlaut des Gesetzes kein "gesellschaftsfremder Sondervorteil" zu sein [2]. Wie schon unter § 101 Abs. 1 AktG 1937 jeder Vorteil, war er finanzieller, machtpolitischer oder wirtschaftlicher Art, zur Begründung der Schadensersatzpflicht ausreichte [3], genügt nunmehr jeder erreichte Vorteil. Für den Fall der Kapitalerhöhung können die Erörterungen auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile beschränkt werden; denn als ein solcher ist auch die Erlangung von Gesellschaftsanteilen anzusehen, für die aufgrund nicht ordnungsgemäßer Bewertung eine geringere Einlage zu erbringen ist als dann, wenn eine ordnungsgemäße Bewertung stattgefunden hätte.

Festzustellen ist stets, ob die Beeinflussung durch Ausübung des Stimmrechts vorgenommen worden ist. Denn Abs. 7 der Vorschrift schließt eine Haftung u.a. dann aus, wenn die Bestimmung zur schädigenden Handlung durch Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung -einem bei der Kapitalerhöhung durchaus denkbaren Fall- geschehen ist. Die Haftung des Außenstehenden richtet sich nach der Art der Einflußnahme. Wird der Einfluß auf die Mitglieder der Hauptversammlung oder durch Abstimmung in der Hauptversammlung geltend gemacht, tritt eine Haftung nach § 117 (101) nicht ein. Soweit sich der Einfluß jedoch auf Maßnahmen erstreckt, die in den Pflichtenbereich von Vorstand und Aufsichtsrat gehören, haftet der Einflußnehmende nach Maßgabe der genannten Vorschrift.

---

1) Schmidt/Meyer-Landrut, aaO. Anm. 3.

2) § 101 Abs. 1 AktG 1937 setzte allgemein die Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile voraus.

3) Vgl. die S.210 Fn. 3 und S.211 Fn. 1 angegebenen Nachweise.

§ 14: Schlußbetrachtung

Die Erörterungen haben zu folgenden Ergebnissen geführt:

a) Den Aktionären wird bei der Kapitalerhöhung unter Ausschluß des unmittelbaren Bezugsrechts ein mittelbares Bezugsrecht gewährt. Mit Rücksicht auf die strenge Aufsicht, der die Banken unterliegen, kann das mittelbare Bezugsrecht dem unmittelbaren rechtlich gleichgestellt werden (§ 186 Abs. 5). Das mittelbare Bezugsrecht gewährt den Altaktionären ein Optionsrecht aus einem Vertrag zugunsten Dritter. Den Banken kommt im Rahmen dieses Vertrages die rechtliche Stellung eines Treuhänders zu.

b) Die besonderen Gefahren, die durch die Leistung einer Einlage bei der Kapitalerhöhung für die Aktionäre auftreten, werden durch eine vertragliche Haftung des Einlegers kompensiert. Eine Garantiehaftung ist abzulehnen, gleichgültig, welche rechtliche Konstruktion ihr zugrundeliegt (§ 8 d.A.). Denn sie ist unserem Recht mit Ausnahme einiger besonders geregelter Fälle als System fremd. Es kann nur versucht werden, den Umfang der vertraglichen Haftung des Einlegers bei der Kapitalerhöhung anhand der Wertungen festzulegen, die durch das Gesetz zum Ausdruck gekommen sind.

Eine unmittelbare Anwendung der Gründerhaftungsvorschriften auf den Einleger bei der Kapitalerhöhung scheidet aus, da die Kapitalerhöhung als ein Institut der Satzungsänderung angesehen werden muß, das durch die Übernahme gewisser bei der Gründung einer Aktiengesellschaft auftretender Besonderheiten erweitert worden ist. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften ist ebenfalls nicht möglich, da eine Lücke in der gesetzlichen Regelung nicht vorhanden ist.

Lebenslauf

Am 19. Januar 1938 wurde ich, Friedrich Hartwig Henze, deutscher Staatsangehörigkeit, als Sohn des Hauptlehrers Friedrich Henze und seiner Ehefrau Martha geb. Fischer in Zeitz (Sa.-Anh.) geboren. Am 12. März 1958 legte ich die Reifeprüfung am Hittorf-Gymnasium in Recklinghausen, einem mathematisch-naturwissenschaftlichen und neusprachlichen Gymnasium, ab. An den Universitäten Würzburg (drei Semester), Frankfurt (ein Semester) und Münster (vier Semester) studierte ich Rechtswissenschaften. Am 4. Mai 1963 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm, am 19. Oktober 1967 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen jeweils mit "vollbefriedigend". Nach einer Tätigkeit von etwa 1 1/2 Jahren bei einem Rechtsanwalt in Recklinghausen bin ich am 19. Mai 1969 als Gerichtsassessor in den Staatsdienst eingetreten.